Die Tragweite der Bestimmung des ersten Satzes von § 265 Absatz 2 Z. P. O.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Hermann Wahl,

Referendar.

Breslau 1909.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Correferent: Professor Dr. Gretener.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Seite

§ 1. Zweck der Vorschrift des § 265, 2 S. 1 Z. P. O. . . . 3—4
§ 2. Tatbestand des § 265, 2 S. 1 . . . . 4—6

Geschichtliche Entwickelung.

I. Das römische Recht:
§ 3. Vorjustinianisches Recht . . . . 6—8
§ 4. Das Justinianische Recht . . . . 8—10
§ 5. II. Das kanonische Recht 10
§ 6. III. Das gemeine Recht . . . . 11—13
IV. Partikularrechte:
§ 7. Preußisches Recht . . . . 13—16
§ 8. Außerpreußische Rechte 16
§ 9. V. Deutsches Reichsrecht . . . . 16—20

Tragweite des § 265, 2 S. 1 Z. P. O.

I. Entwickelung des § 265 Absatz 1 Z. P. O.:
§ 10 Begriff der Rechtshängigkeit und Streitbefangenheit 21—24
§ 11. Dauer der Streitbefangenheit . . . . 24—26
§ 12. Begriff der Veräußerung (Abtretung) . . . . . . 26—28
II. Verhältnis des Absatz 2 zu Absatz 1 des § 265 Z. P. O.:
§ 13. 1. Auslegung des Absatz 1 . . . . 29—31
2. Auslegung des Absatzes 2:
a) Übersicht über die bisherigen Theorien:
§ 14. α) Die Irrelevanztheorie . . . . 32—33
§ 15. β) Die Relevanztheorie . . . . 34—36
§ 16. γ) Die Theorie Wach . . . . 36—37
§ 17. δ) Die Theorie Endemann 37
§ 18. b) Ergebnis . . . . 37—39
§ 19. c) Theorie Weidlich . . . . 39—40

III. Bedeutung des § 265, 2 S. 1: Seite

§ 20. 1. Für das materielle Recht . . . . 40—42

2. Für das formelle Recht:

§ 21. a) Rechtsverhältnis bei Einwilligung des Gegners in den Eintritt des Rechtsnachfolgers . . . . 42—43

b) Rechtsverhältnis bei mangelnder Einwilligung des Gegners:

§ 22. α) Grundsatz des § 265, 2 S. 1 43

β) Ausnahmen:

§ 23. aa) Ausnahme des § 266, 1 Z. P. O. 44

§ 24. bb) Ausnahme des § 265, 3 und des § 266, 2 Z. P. O. . . . . 44—45

Literaturverzeichnis.

Arndt: Die Veräußerung des Streitgegenstandes durch den Kläger mit besonderer Berücksichtigung der Reichszivilprozeßordnung in Gruchots Beiträgen. Bd. 22 S. 322.
Arndt: Lehrbuch der Pandekten. 8. Aufl. Stuttgart 1874.
Bachofen: Veräußerungsverbot der res litigiosa in seinen „Ausgewählten Lehren des römischen Zivilrechts". Bonn 1848.
Behrend: Zu Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, in Gruchots Beiträgen. Bd. 31 S. 452.
Bunsen: Parteien im Zivilprozesse in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 26 S. 197.
Dernburg: Pandekten. Bd. 1 7. Aufl. Berlin 1902.
Dernburg: Preußisches Privatrecht. Bd. 1 und 2. 5. Aufl. Halle 1894/1897.
Endemann: Der deutsche Zivilprozeß. Bd. 2. Berlin 1879.
Fischer: Recht und Rechtsschutz in Becker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines bürger lichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Heft 6.
Fitting: Der Reichszivilprozeß. 11. Aufl. Berlin 1903.
Förster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. Berlin 1880.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. 6. Aufl. Bd. 1. Berlin 1892.
Francke: Rechtshängige Forderungen nach Abtretung oder Überweisung, in den Blättern für Rechtsanwendung. Bd. 69. S. 561ff.
Gaupp-Stein: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. und 9. Aufl. Tübingen 1906.
Gerbaulet: Einwand der Rechtshängigkeit, in Gruchots Beiträgen. Bd. 30 S. 795.
Hartter: Über Veräußerung im Streit befangener Sachen und Rechtsansprüche, in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, neue Folge. Bd. 12 S. 395.
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1903.
Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Koch: Die Lehre von dem Übergang der Forderungsrechte. Breslau 1837.

Koch: Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts. 2. Aufl. Bd. 2. Berlin 1851/1852.
Kohler: Succession in das Prozeßverhältnis, in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 17 S. 351.
Lippmann: Die Zession rechtshängiger Klageansprüche, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 45 S. 39.
Löning: Die Widerklage im Reichszivilprozesse in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 4 S. 135.
Mandry: Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. Freiburg 1898.
Mayer: Grundsätze von der Litigiosität, in Gruchots Beiträgen. Bd. 33 S. 297.
Merkel: In Holtzendorffs Rechtslexikon: „Litigiosität“.
Mühlenbruch: Lehre von der Zession der Forderungsrechte. 2. Aufl. Greifswald 1826.
Petersen: Parteibegriff und Parteifähigkeit in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 18 S. 1.
Petersen: Die Kompensationseinrede und die Vorschriften der Zivilprozeßordnung in Gruchots Beiträgen. Bd. 30 S. 1.
Petersen: Wird durch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit begründet?, in Gruchots Beiträgen. Bd. 31 S. 535.
Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Nördlingen 1887.
Reinhardt: Abtretung rechtshängiger Ansprüche, in Gruchots Beiträgen. Bd. 40 S. 71.
Rönne: Ergänzungen und Erläuterungen des A.L.R. 7. Aufl. Bd. 1. Berlin 1885.
Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Leipzig 1906.
Schollmeyer: Die Kompensationseinrede im deutschen Reichszivilprozeß. Berlin und Leipzig.
Schollmeyer: Noch einmal die Rechtshängigkeit der zum Zwecke der Aufrechnung geltend gemachten Gegenforderung, in Gruchots Beiträgen. Bd. 31 S. 222.
Schultze: Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen den Rechtsnachfolger. Breslau 1891.
Schultze: Erörterungen zur Lehre von der Veräußerung der im Streit befangenen Sache und der Zession des geltend gemachten Anspruchs, Inauguraldissertation. Breslau 1886.
Schwalbach: Über Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft, im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 64 S. 256.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. München 1905.
Spangenberg: Über das Verbot der Veräußernng einer im Prozeß befangenen Sache, im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 9 S. 406.

Stegemann: Die Parteien im Prozeß, in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 17 S. 351.
Struckmann u. Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Berlin und Leipzig 1887.
Sydow u. Busch: Die Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. Berlin 1909.
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863.
Wach: Abtretung rechtshängiger Ansprüche in ihrem Einfluß auf den Prozeß, in Gruchots Beiträgen. Bd. 30 S. 779.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1885.
Wächter: Württembergisches Privatrecht. Bd. 2. Stuttgart 1842.
Weidlich: Veräußerung des rechtshängigen Anspruchs und der streitbefangenen Sache, in Gruchots Beiträgen. Bd. 45 S. 277.
Weißmann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Stuttgart 1903.
Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. Leipzig 1878.
v. Wilmowsky und Levy: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 7. Aufl. Berlin 1895.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
Zimmermann: Über das Verbot der Veräußerung streitiger Sachen und Forderungen, im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 35 S. 341 und Bd. 36 S. 49.
Zimmermann: Über Veräußerungen zur Vereitelung oder Erschwerung der gerichtlichen Durchführung von Ansprüchen, in Gruchots Beiträgen Bd. 28 S. 808.

[illegible]: Die [illegible] im [illegible], in [illegible] Zeitschrift für [illegible]. Bd. 7, S. 161.

[illegible]: Die Polizeiverordnung [illegible] 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1897.

[illegible] u. [illegible]: Die Polizeiverordnung. 11. Aufl. Berlin 1900.

v. [illegible]: [illegible]. 2. Aufl. Hamburg und Leipzig 1886.

[illegible]: [illegible] Polizeiverordnungen [illegible] in [illegible] Archiv für [illegible] Bd. 30 S. 175.

[illegible]: Handbuch des [illegible]. Leipzig 1897.

[illegible]: [illegible]. Bd. 2, Stuttgart 1912.

[illegible]: [illegible] des [illegible] und der [illegible]. Bd. 43 S. 377.

[illegible]: [illegible] 1891.

[illegible]: System des [illegible]. 3. Aufl. Leipzig 1879.

v. [illegible] und [illegible]: Die Polizeiverordnung für das [illegible]. 1. Aufl. Berlin 1886.

[illegible]: [illegible] des [illegible]. Bd. 1. 2. Aufl. Stuttgart u. B. 1893.

[illegible]: Über das [illegible] der [illegible] und [illegible] im Archiv für die [illegible]. Bd. 36 S. 442 und Bd. 34 S. 43.

[illegible]: Über [illegible] für [illegible] oder [illegible] der [illegible] Durchführung von [illegible], in [illegible] Bd. 32 S. 165.

Einleitung.

Ihrem Inhalt und ihrer Stellung nach gehört die Bestimmung des ersten Satzes von § 265 Abs. 2 Z.P.O.[1]) zu einem geschlossenen Ganzen, nämlich zur Lehre von der Veräußerung im Streit befangener Sachen und der Abtretung rechtshängiger Ansprüche (Lehre von der Litigiosität). Da diese Lehre dem dunklen Grenzgebiete von Privatrecht und Prozeß[2]) entspringt, so werden für die Bestimmung der Tragweite des angeführten Satzes sowohl etwaige zivilrechtliche wie die prozessualen Wirkungen desselben in Betracht zu ziehen sein.

Durch die Klageerhebung wird die Entscheidung des Gerichts über ein Recht angerufen. Doch nur im idealen Prozeß ist es denkbar, die Klage in einem Augenblick zu erheben, im nächsten zu entscheiden und im dritten zu vollstrecken. Dem widerspricht die Unvollkommenheit der tatsächlichen Verhältnisse. In Wirklichkeit bedarf es hier vielmehr eines langwierigen, umständlichen Verfahrens. Es muß jedoch das Bestreben der Rechtsprechung sein, den wirklichen Prozeß dem idealen möglichst zu assimilieren. Da dieses auf dem Wege, die Dauer des Verfahrens zu verkürzen, unmöglich zu erreichen ist, wird man versucht sein, die

---

[1]) Im Folgenden mit § 265,2 S. 1 bezeichnet.

[2]) Vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz, in Becker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Heft 6, § 2 S. 5 ff. Anderer Meinung ist Mayer (bei Gruchot, Bd. 33 S. 301): „Wenn die Veräußerung und Zession für materiell ungültig erklärt würde, so gehöre die Lehre von der Litigiosität dem Zivilrechte an; im andern Falle wären die Normen, welche das Verhältnis der Prozeßparteien untereinander sowohl wie das Verhältnis des Rechtsnachfolgers zum Gegner seines Rechtsvorgängers regeln, reine Prozeßnormen." Gegen ihn Schultze, Vollstreckbarkeit der Schuldtitel, S. 63.

Lage des Prozesses zur Zeit der Klageerhebung zu fixieren. Daher das Verbot jeder subjektiven wie objektiven Klageänderung. Welche Bedeutung hat nun diese Fixierung für das dem prozessualen zugrunde liegende materielle Recht? Hängt die prozessuale Rechtslage von der jeweiligen materiellen ab, so läßt sich doch auch umgekehrt die Abhängigkeit der materiellen von der prozessualen nicht leugnen, da es Zweck des Prozesses ist, das materielle Recht äußerlich erkennbar zu machen.

Die Grundlage jedes Prozesses bildet der vom Kläger geltend gemachte Anspruch, mit ihm steht und fällt das auf ihn gegründete Verfahren. Schon an und für sich gebietet die Rücksichtnahme auf den Prozeß, daß während der Dauer desselben an der Integrität des bisher zwar noch nicht festgestellten Anspruchs in seiner materiellen Rechtslage festgehalten wird. Allein dieser Zustand wird oft zur physischen Unmöglichkeit, z. B. im Todesfalle einer Partei, und ist zudem mit der Bestimmung der Rechte und Sachen, die in deren Ausübung und Ausnützung, also auch in ihrer Veräußerlichkeit, besteht, und der freien Verfügungsbefugnis der Parteien unvereinbar. Es entsteht somit die Frage, ob die Rechtshängigkeit die Befugnis, über die streitige Sache zu verfügen, ausschließt oder nicht.

Diese Frage hat zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene Beantwortung gefunden. Da ihre Lösung von eminenter Wichtigkeit für die Praxis ist, so ist sie sogar zum Gegenstand einer eigenen Lehre, der Lehre von der Litigiosität, geworden. Die Anfänge derselben sind uralt und reichen ins römische und kanonische Recht zurück, mit dem sie bei der Rezeption in Deutschland eingewandert ist. Freilich hat sie innerhalb der Jahrtausende ihre Gestalt bedeutend verändert. Denn während das Justinianische und im Anschluß daran das gemeine Recht die Veräußerung litigiöser Sachen und Ansprüche grundsätzlich verbieten, sucht das heutige Recht (Z.P.O. § 265) dem angedeuteten Gegensatze dadurch gerecht zu werden, daß es zunächst den Parteien ihre Verfügungsbefugnis unbenommen läßt und damit ihre Geschäfte in dieser Richtung anerkennt, sodann aber bestimmt, daß diese Veräußerung auf den Prozeß keinen Einfluß haben soll.

§ 1. Zweck der Vorschrift des § 265, 2 S. 1 Z. P. O.

Nicht bloß vom Gesichtspunkt der Vermeidung einer jeden Prozeßveränderung, wie angedeutet, zeigt sich die Bestimmung des § 265, 2 S. 1 Z. P. O. gerechtfertigt, vielmehr ergibt sie sich als innere Notwendigkeit aus der gesetzlichen Anerkennung der Veräußerungsgeschäfte der Parteien. Denn welche Konsequenzen würden sich, wenn es an dieser Vorschrift fehlte, für den Prozeß ergeben? Mit dem Eintritte des Rechtsüberganges würde der bisherige Berechtigte nicht mehr zur Sache legitimiert erscheinen, er könnte sich selbst hierauf berufen und hätte dann als Beklagter ein bequemes, jeder Zeit brauchbares Mittel sich einer Verurteilung zur Herausgabe der Sache selbst zu entziehen, oder aber der vom Gegner vorgebrachte Einwand der fehlenden Sachlegitimation des Klägers würde gegen ihn als Kläger und Veräußerer durchdringen. Zu einer materiell rechtskräftigen Entscheidung könnte es in diesem Falle gar nicht kommen. Legitimiert würde jetzt vielmehr lediglich der Erwerber erscheinen, sei es als Kläger oder als Beklagter, und es würden sich demgemäß zwei Möglichkeiten bieten, entweder nach Beendigung des mit Aufwand von Zeit, Mühe und Kosten gegen den Beklagten durchgeführten Prozesses einen neuen Prozeß anzufangen oder in dem ursprünglichen Prozeß als Partei (Kläger oder Beklagter) an Stelle des ausgeschiedenen Veräußerers einzutreten. In beiden Fällen wäre zuvor ein Streit über die Berechtigung oder Verpflichtung zur Aufnahme des Prozesses unausbleiblich, und hierdurch würden Verwickelungen und Weitläufigkeiten heraufbeschwört werden, welche im Falle absolvierenden Urteils zudem ganz nutzlos gewesen wären. Man würde also auf diesem Wege der Gefahr einer Prozeßvermehrung und Prozeßverschleppung geradezu in die Arme laufen. Vor allen Dingen aber würde ein derartiger Parteiwechsel eine unbegrenzte Gefahr für den Gegner des Veräußerers bedeuten, und seine Zulässigkeit dürfte nicht im Einklange stehen mit dem rechtlichen Bestreben, während des Prozesses die Interessen beider Parteien in gleicher Weise zu schützen. Denn abgesehen davon, daß es dem Gegner nicht gleichgültig zu sein braucht, wem gegenüber das streitige

Recht festgestellt werde, würde er sich der Möglichkeit einer Vollstreckungsvereitelung ausgesetzt sehen, wenn an einen Insolventen veräußert worden wäre. Aber nicht genug damit, die Feststellung des Anspruchs selbst würde Gefahr laufen, wie z. B. in folgenden Fällen: der Erwerber könnte nicht de veritate schwören, es könnten ihm gegenüber Gegenforderungen und Wechseleinreden nicht geltend gemacht werden.

Dem Allen sucht § 265, 2 S. 1 vorzubeugen. Sein Zweck ist also der, sämtliche zu Unzuträglichkeiten führenden Wirkungen der Veräußerung litigiöser Sachen und Ansprüche auszuschließen und durch seine Bestimmungen zu ersetzen. Wir erhalten somit, was das Verhältnis der beiden Absätze anbetrifft, folgendes Bild: Absatz 2 verdankt seine Entstehung dem vorangegangenen Absatz 1, tritt aber mit dem Augenblick seiner Existenz in einen nicht abzuleugnenden Gegensatz zu Absatz 1. Ich glaube mich nicht zu irren, wenn ich hieraus folgere, daß sich die Tragweite des Absatzes 2 dem Zweck und der Tragweite des Absatzes 1 anzupassen hat, daß mithin maßgebend für die Tragweite des Absatzes 2 das Verhältnis der Bestimmungen der beiden Absätze ist. Es wird daher die Erörterung des einen in gleicher Weise unumgänglich sein, wie die des anderen.

Zuvor dürfte der beiden Absätzen zugrunde liegende Tatbestand und die hieraus etwa sich ergebenden Folgerungen festzustellen sein.

§ 2. Tatbestand des § 265, 2 S. 1.

Schon der Wortlaut des § 265, 2 S. 1 nimmt Bezug auf den vorangegangenen Absatz. Vervollständigt würde der Text lauten: Die Veräußerung der im Streit befangenen Sache oder die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs hat auf den Prozeß keinen Einfluß.

Als Objekte der Veräußerung bezeichnet das Gesetz die res[1]) und die actio litigiosa, als Subjekte kommen die beiden

[1]) Wenn der Sprachgebrauch es duldet, daß von streitiger Sache gesprochen wird, so ist dies eigentlich ungenau. Nicht die Sache, sondern das Recht an derselben ist streitig. Erst die Folge davon ist der Zustand der den Gegenstand des Rechts bildenden Sache, den wir Streitbefangenheit nennen.

Parteien in Betracht. Demnach sind 4 Fälle einer solchen Veräußerung denkbar:

1. Kläger veräußert die actio litigiosa;
2. Beklagter veräußert die res litigiosa;
3. Kläger veräußert die res litigiosa;
4. Beklagter veräußert die actio litigiosa.

Der erste Blick zeigt in Fall 1 und 2 die Regel: der res litigiosa im Besitze des Beklagten steht die actio litigiosa des Klägers gegenüber. Ausnahmsweise kommt auch eine Veräußerung der ersteren durch den Kläger vor, der sich dann im unmittelbaren oder mittelbaren Besitze derselben befinden muß.[2] Ausgeschlossen ist der vierte Fall, denn die actio litigiosa steht im Gegensatz zur res litigiosa nur dem Kläger zu.[3] Infolgedessen sind diese beiden in der Natur der Sache begründeten Gegensätze Veräußerung durch Kläger oder Beklagten einerseits und Veräußerung von res und actio litigiosa andrerseits nicht identisch miteinander. Im übrigen sind diese Gegensätze, welche früher in der Geschichte, vor allem dem altrömischen und preußischen Recht, eine große Rolle gespielt haben, wenigstens für die Behandlung der anstehenden Frage von keiner wesentlichen Bedeutung mehr. Der erstere findet im Gesetz überhaupt keine Berücksichtigung mehr,[4] und was den anderen anlangt, so besagt der Wortlaut („oder") ausdrücklich, daß die Zivilprozeßordnung die Materie einheitlich geregelt wissen will. Infolgedessen ist eine Unterscheidung in Ansehung der angedeuteten Möglichkeiten nicht vorzunehmen.

Bevor jedoch in die Darstellung des gegenwärtigen Rechtszustandes eingetreten werden soll, ist ein Überblick über die

[2]) Es veräußert z. B. der Besitzer eines Grundstücks, der gegen den Servitutsberechtigten klagt, daß eine Dienstbarkeit nicht bestehe (einer der Fälle des § 266 Z. P. O.).

[3]) Ein weiterer Unterschied zwischen der res und actio litigiosa ist der, daß letztere in jedem Prozeß vorhanden sein muß, erstere dagegen nur in einer Reihe von Prozessen vorhanden sein kann (vgl. unten).

[4]) Wenigstens in Absatz 1 und 2 des § 265 nicht, nur Absatz 3 enthält noch eine Spezialvorschrift im Falle der Veräußerung durch den Kläger.

gesetzgeberischen Möglichkeiten der Gestaltung der Lehre von der Litigiosität, soweit sie hier interessiert, zu geben. Derselbe wird am besten an der Hand einer geschichtlichen Entwickelung erteilt werden, deren Erörterung um so unerläßlicher erscheint, als sie zum Teil auch auf die heutige Normierung dieser Lehre in der Zivilprozeßordnung bestimmend eingewirkt hat.

Geschichtliche Entwickelung.

I. Das römische Recht.

§ 3. Vorjustinianisches Recht.

Im vorjustinianischen Recht ist die Tatsache bemerkenswert, daß alle Bestimmungen, die hinsichtlich der res oder der actio litigiosa getroffen wurden, sich fast regelmäßig nur auf die Veräußerung durch den Kläger (non possidens), nicht auch durch den Beklagten, bezogen. Das hatte darin seinen Grund, daß einmal der Beklagte so wie so, auch bei Verurteilung nicht gehalten war dem Kläger zu restituieren, da omnis condemnatio pecuniaria, andrerseits der Kläger auch schon durch die cautio iudicatum solvi des Beklagten genügend gesichert war. Erst als diese Eigentümlichkeiten des römischen Zivilprozesses verschwanden, d. h. seit Justinian, wurde eine Vorschrift auch für diesen Fall nötig, welche in Justinians allgemeinem Veräußerungsverbote erfolgte. Eine Ausnahme war allerdings schon vorher im iudicium divisorium anerkannt, hier konnte keine der streitenden Parteien eine giltige Veräußerung nach der litis contestatio mehr vornehmen, die trotzdem erfolgte Veräußerung war nichtig und deshalb für den Prozeß von keiner Bedeutung.[1])

Im übrigen hatte man schon hier zwischen der actio und der res litigiosa scharf unterschieden.

Die Abtretung streitiger Ansprüche war in der klassischen und nachklassischen Zeit weder ausdrücklich erlaubt noch auch

[1]) l 12 D. alien. iud. mut. IV, 7. l 9 D. fin. reg. X, 1. l 13,25. § 6 D. fam. erc. X, 2. l 1 C. comm. div. III, 27. l 3 C. de comm. rer. alien. IV, 52.

verboten. Eine Normierung existierte überhaupt nicht. Aber wenn die Veräußerung auch zulässig war, so konnte sie im Prozeß schon deshalb keine Berücksichtigung finden, weil dem ganzen Verfahren, insbesondere auch dem Urteil der Zeitpunkt der litis contestatio zugrunde gelegt wurde, zu welcher Zeit die Zession jedoch noch nicht erfolgt war.[2]) Demnach war eine Veräußerung prozeßrechtlich einflußlos und darum auch materiell-rechtlich (das wird sich rückschließen lassen) nur unter der Bedingung zulässig, daß dem Kläger dieser Anspruch zugebilligt werden würde. Dieser Züstand dauerte bis Justinian fort. In der Zwischenzeit ist nur eine einzige Bestimmung ergangen, eine Konstitution[3]) von Gratian, Valentinian und Theodosius aus dem Jahre 380: sie bezog sich darauf, daß, wenn ein Kläger jemandem (eine res litigiosa oder) eine Forderung aus einem Schuldschein (ambiguum chirographum) durch Testament oder Kodizill vermacht hatte, dem Bedachten der „eventus litis" vermacht galt, während der Streit auf Gefahr der Erben von diesen durchgeführt werden sollte.

Die Veräußerung von res litigiosae seitens des nichtbesitzenden Klägers[4]) hatte die Gesetzgebung mehr beschäftigt. Hier verboten schon die Zwölftafeln[5]) bei Strafe des doppelten

[2]) Arndt (bei Gruchot Bd. 22 S. 322) führt zur Begründung für seine Behauptung, daß die Veräußerung streitbefangener persönlicher Forderungen durch den Kläger an sich unmöglich oder unwirksam gewesen sei, an, daß infolge der konsumierenden Wirkung der litis contestatio sein ursprüngliches Forderungsrecht untergegangen sei und daß daher der Kläger nach dem Satze nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet auch nicht veräußern könne. Dagegen ist jedoch zu sagen, daß dadurch eine Abtretungsmöglichkeit nicht ausgeschlossen sein könne, da an die Stelle des ursprünglichen Anspruchs der durch die novatio necessaria der litis contestatio gerade erst begründete getreten ist.

[3]) c 3. C. de litig. VIII, 36.

[4]) Hierunter sind res mancipi zu verstehen, so konnte z. B. der fundus litigiosus vom nichtbesitzenden Eigentümer durch Manzipation übertragen werden. Gai IV, 117. l 1 D. quae res pign. XX, 3 — l 27 § 1 D. ad S. C. Vell. XVI, 1.

[5]) Rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare, alioquin dupli poenam patimur, nec immerito, ne liceat

Ersatzes eine in Streit befangene Sache den Göttern zu weihen. Weit wichtiger waren in der folgenden Zeit:

1) ein Edikt des Augustus[6]), welches den Kauf einer res litigiosa für nichtig (nullius momenti) erklärte und den Käufer mit Strafe bedrohte;

2) ein Reskript von Septimius Severus und Antoninus Caracalla,[7]) das den procuratores Caesaris verbot, streitbefangene Sachen zu veräußern, bevor sie dem Fiskus definitiv zugesprochen waren;

3) eine Konstitution Constantins,[8]) welche die Bestimmungen des Augustus auf alle Veräußerungen ausdehnte, mit dem bemerkenswerten Zusatz, dessen Wortlaut fast an den des § 265, 2 S. 1 der Z.P.O. erinnert, daß der Prozeß trotz der Veräußerung zu Ende zu führen sei, gleich als ob nichts geschehen sei: tamquam si nihil factum sit, lite nihilominus peragenda.

So war, wenigstens in Ansehung der res litigiosae, das Verbot Justinians schon vorbereitet. Im übrigen wurden etwaige verhängnisvolle Konsequenzen, die sich aus der Nichtexistenz einer diesbezüglichen allgemeinen Vorschrift ergaben, dadurch erheblich gemildert, daß der Prätor im einzelnen Falle die Partei vor der Benachteiligung durch den Gegner schützte: omnibus modis proconsul id agit, ne cuius deterior causa fiat ex alieno facto.[9])

§ 4. Das Justinianische Recht.

Den Abschluß in dieser langsamen Entwickelung zu geben war Justinian vorbehalten, welcher in der l 5 C. de litigiosis VIII, 36 vom Jahre 532 und in der Novelle 112 cap. 1 von 541 ein umfassendes Veräußerungsverbot streitbefangener Sachen

---

eo modo duriorem adversarii condicionem facere: fr. 3 D. de litig. XXXXIV, 6.

[6]) fr. de iure fisci § 8.

[7]) l 22. D. de iure fisci XXXXIX, 14.

[8]) Cod. Theod. IV, 5.

[9]) fr. 1 D. de alien. iud. mut c. f. IV, 7, so gewährte er ihr z. B. eine Klage auf das Interesse, vgl. Zimmermann im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 35 S. 436.

und Ansprüche erließ. Vor einer näheren Darstellung desselben sind die Gründe zu berücksichtigen, die ihn zu diesem Schritte veranlaßten.

Die Kautionspflicht des Beklagten war von Justinian reduziert worden, an Stelle einer condemnatio pecuniaria war die Verurteilung zur Herausgabe der Sache selbst getreten, für die Entscheidung war jetzt der rechtliche und faktische Tatbestand zur Zeit der Urteilsfällung maßgebend geworden. Die Schranken, die bisher eine allgemeine Regelung in dieser Richtung überflüssig erscheinen ließen, waren gefallen, kein Wunder, wenn jetzt die Gesetzgebung energisch einsetzte. Aber sowohl das Interesse des Klägers wie das des Beklagten waren im Falle der Zulässigkeit solcher Veräußerungen seitens des Gegners schwer gefährdet: beiden suchte das Verbot gerecht zu werden. Denn einmal bezweckte es die Fortschaffung der Sache aus dem Besitze des Beklagten zu verhindern, damit dem Kläger nicht die Verfolgung seines Rechts erschwert werde, andererseits wollte es den Beklagten von der Furcht vor dem potentior[1]) oder dem qui vexaturus sit adversarium,[2]) an die der Anspruch hätte abgetreten werden können, befreien. Das letztere war besonders für Justinian leitender Gedanke.

Der Inhalt des Verbots betraf sowohl den actor bezüglich der actio oder res litigiosa, als den reus bezüglich der von ihm besessenen res litigiosa, doch hier nur den im Eigentumsprozesse Beklagten, nicht auch, wie ausdrücklich hervorgehoben wurde, den mit der actio hypothecaria belangten reus.[3]) Die Ausnahme, die früher schon für den Teilungsprozeß (s. o.) gegolten hatte, blieb bestehen.

Was die Folgen der Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot abgesehen von der angedrohten Strafe anging, so nahm die herrschende Meinung absolute Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts an.

---

[1]) l 3 D. de litig. XXXXIV, 6, vgl. Mühlenbruch, Lehre von der Zession, § 25.

[2]) fr. 2 D. de alien. iud. mut. c. f. IV, 7.

[3]) Denn nur die rei vindicatio machte den Streitgegenstand litigiös, s. u.

Eine vereinzelte Ansicht[4]) unterschied jedoch auch hier zwischen den Parteien: Veräußerte der Beklagte, so war das Geschäft absolut ungültig, der Erwerber mußte die Sache restituieren. Trat jedoch der Kläger seinen Anspruch ab, so war das Geschäft unter den Kontrahenten selbst wirksam. Letzerer Ansicht wird beizutreten sein, wenn man bedenkt, daß die Veräußerung nicht ipso iure, sondern nur ope exceptionis[5]) nichtig war. Der Gegner hatte es demnach in der Hand, wenn er von seinem Rechte Gebrauch machen wollte, die Nichtigkeit herbeizuführen. War er Kläger, so wird es stets in seinem Interesse gelegen haben, das Geschäft anzufechten, war er Beklagter, so konnte es ihm, je nach den Umständen gleichgültig sein, an wen er im Falle der Verurteilung zu leisten hatte.

Doch mag dem sein, wie ihm wolle: für den Prozeß hatte jedenfalls dieser Streit keine Bedeutung; hier galt, jetzt auch auf actiones litigiosae ausgedehnt, der Satz[6]) tamquam nihil factum sit, lite nihilominus peragenda, d. h. der Prozeß wurde zwischen den ursprünglichen Parteien zu Ende geführt, gleich als ob eine Veräußerung nicht stattgefunden hätte.[7])

II. Das kanonische Recht.

§ 5.

Die Vorschriften Justinians entsprachen der Auffassung des kanonischen Rechts und seinem Grundsatze, daß der rechtliche und tatsächliche Stand der Sache beim Beginn des Prozesses maßgebend sein solle: ut lite pendente nil innovetur. Sie wurden daher übernommen und sind unter dem eben angeführten Satze als Titelüberschrift enthalten in X, II, 16 — lib. VI, II, 8 — Clem. II, 5.

---

[4]) Windscheid, Pandekten § 125 Nr. 5, Arndt, a. a. O.

[5]) l 1 § 2 D. quae res pign. XX, 3.

[6]) l 2 C. de litig. VIII, 36.

[7]) Das wird bei arglistiger Veräußerung seitens des Beklagten auch noch durch die Figur des fictus possessor qui dolo malo desiit possidere bestätigt. Doch während letztere Vorschrift (l 131 D. de div. reg. L, 17) lediglich die Haftpflicht des Veräußerers bestimmte, gab das Verbot dem Kläger die Möglichkeit, zur Sache selbst zu kommen. Daher kann auch von einer Derogation dieser Vorschrift, wie Zimmermann a. a. O. annimmt, keine Rede sein.

III. Das gemeine Recht.

§ 6.

Mit dem römischen und kanonischen Recht ging auch das von den italienischen Juristen glossierte Justinianische Verbot in das gemeine deutsche Prozeßrecht über, insofern nur verändert, als die Strafbestimmungen nicht mitrezipiert wurden. Daß es in Deutschland Geltung erlangt haben muß, geht jedenfalls daraus hervor, daß sich hierfür ein dasselbe derogierendes Gesetz oder Gewohnheitsrecht nicht nachweisen läßt. Freilich lagen die Gründe, die Justinian seinerzeit zum Erlaß dieses Verbotsgesetzes bestimmt hatten, zum Teil nicht mehr vor, den römischen potentior und die Furcht vor demselben kannte das gemeine Recht nicht mehr. Auch hatte sich in der Praxis ein besonderer Schutz der Parteiinteressen herausgebildet, so war es nach Wetzell[1]) möglich „die actio iudicati zu zedieren und bei Prozessen über dingliche Rechte auch gegen den Singularsuccessor des Verklagten zu richten", und konnte der Richter „nach der Auffassung der italienischen Praxis alle entgegenstehenden Handlungen auf begründetes Anrufen der beschädigten oder bedrohten Partei durch einseitige Befehle rückgängig machen oder verhindern und im Fall dringender Gefahr durch Auflegung von Kautionen sowie nötigenfalls durch die Sequestration des Streitobjekts die erforderliche Sicherheit gewähren".[2])

Übrigens wurden von dem Verbote wie auch schon früher im römischen Rechte,[3]) gewisse Ausnahmen statuiert: So war die Veräußerung oder Zession, welche erfolgte zum Zwecke der Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias oder in Ausführung eines unter Erben zwecks Teilung der Erbschaft geschlossenen Vergleichs oder ergangenen Teilungsurteils oder auf Grund eines Legates oder Fideikommisses zulässig. In diesem Fall (wie bei Universalsuccession) konnte die Änderung

---

[1]) Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl. § 47 S. 599 Nr. 112.

[2]) Wetzell, § 14 S. 125 Nr. 44, 45.

[3]) l 5 § 3 C. de litig. VIII, 36.

des materiellen Rechtszustandes natürlich nicht ohne Einfluß auf den Prozeß bleiben. Es trat infolgedessen eine Unterbrechung des Verfahrens ein, und es bedurfte eines Antrages des Successors auf Zulassung im Prozeß (reassumtio litis) oder des Antrags des Gegners auf Zuziehung des Successors (citatio ad reassumendum), um den Rechtsstreit wiederaufzunehmen. Der Rechtsnachfolger trat dann, wenn der Antrag für begründet erachtet wurde, mit allen Rechten und Pflichten des Vorgängers in den Prozeß ein.

Mit dem teilweisen Wegfall der Gründe für das Verbot verlangte die Entwickelung des Verkehrs die Beseitigung dieser Maßregel, die als lästig und unpraktisch allgemein empfunden wurde. Denn dieselbe beraubte unnötigerweise diejenige Partei, die später als Sieger aus dem Prozeß hervorging, der Möglichkeit die ihr zustehenden Rechte auszunützen. Infolgedessen kamen im 17. und 18. Jahrhundert Ansichten auf, welche die Geltung bestritten. Im wesentlichen lassen sich 3 Meinungen unterscheiden: Die erste (Hommel, Berger) behauptete das völlige Erloschensein des römischen Veräußerungsverbots, während eine zweite Ansicht (Pufendorf, Struv, Leyser, Cramer, Zimmermann, Hartter) die Veräußerung für erlaubt hielt, außer wenn sie für den Gegner nachteilige Folgen hatte. Im Gegensatz hierzu hielt die herrschende Ansicht, deren Hauptvertreter[4]) Mühlenbruch in seiner „Lehre von der Zession" war, an den alten Bestimmungen des römischen Rechts unverändert fest.

Die gemeinrechtliche Praxis konnte sich für keine der Theorien fest entscheiden. Bald neigte sie dahin, nur diejenige Veräußerung für verboten zu erachten, welche dem Gegner nachteilig werden konnte, so vor allem die Praxis vieler württembergischer, hessischer und hannoveranischer Gerichte, während andere wieder, so z. B. die Oberappellationsgerichte zu Wiesbaden und zu Lübeck[5]) den Standpunkt der herrschenden Ansicht

[4]) ferner namentlich Windscheid und Wetzell (letzterer a. a. O. § 14 Nr. 43a (S. 125).

[5]) vgl. Wächter, Württemb. Privatrecht Bd. 2 S. 534 und Seufferts Archiv Bd. 5 Nr. 9 und 10, Bd. 11 Nr. 110, 135, Bd. 12 Nr. 89, 124, 126, Bd. 14 Nr. 251, Bd. 15 Nr. 217.

vertraten. Für den Prozeß hatte dieser Zwiespalt folgende Bedeutung: im Falle der Anerkennung des Veräußerungsverbots galt der alte Satz tamquam nihil factum sit, lite nihilominus peragenda, im anderen Falle wurde der Rechtsstreit unterbrochen, und es bedurfte der formgerechten Aufnahme des Verfahrens seitens des Erwerbers. Im übrigen hatte dieser Streit nur noch in den Ländern des gemeinen Rechts Bedeutung, während im Gebiete des kodifizierten Rechts die Frage schon zu ungunsten des römischen Verbots entschieden war.

IV. Partikularrechte.

§ 7. Preußisches Recht.

Zuerst befaßte sich die preußische Gesetzgebung mit dieser Frage und zwar in der „Allgemeinen Gerichtsordnung" und im „Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten", hier wie dort in je 2 Paragraphen. Der Grundsatz, auf dem das preußische Recht stand, ist dabei sowohl in § 48 A.G.O. I, 7:

„Außer den Folgen, welche eine gehörig erlassene und richtig insinuierte Vorladung . . . hervorbringt, hat dieselbe auch folgende Wirkungen: . . . . c., wird die in Anspruch genommene Sache dadurch streitig (res litigiosa), und ihr Besitzer darf damit keine Veräußerung vornehmen, wodurch dem Gegner, wenn er den angefangenen Prozeß gewönne, ein Nachteil erwachsen könnte. Hieraus folgt, daß eine solche streitige Sache nicht vernichtet, veräußert, abhanden gebracht oder durch übermäßigen Gebrauch oder vernachlässigte Aufsicht verschlimmert werden dürfe, widrigenfalls derjenige, der sie zur Zeit der insinuierten Zitation besaß, den Gegner, wenn derselbe ein obsiegliches Urteil enthält, vollständig entschädigen und den Wert der Sache oder die entstandene Verschlimmerung nach der Zeit der insinuierten Zitation vergüten muß."

wie in A.L.R. I, 11 § 383:

„Auch die Abtretung schon rechtshängiger Sachen ist erlaubt."

enthalten. Man hat hierin eine Antinomie finden wollen. Auch die Gesetzesrevisoren nahmen einen Widerspruch und zu dessen

Erklärung an, daß die erstere Stelle unpassend gefaßt sei. Indessen hat man sich doch bald zu der Erkenntnis durchgerungen,[1]) daß von einer Antinomie keine Rede sein kann, da die A.G.O. die Veräußerung durch den Beklagten verboten, das A.L.R. aber jede klägerische Zession erlaubt wissen will. Die beiden anderen Paragraphen beschäftigen sich mit den Wirkungen einer solchen Zession. Den Einfluß der Veräußerung auf die Lage des Prozesses regelt § 484 A.L.R. I, 11:

„Durch die Zession einer rechtshängigen Sache wird weder in Ansehung des Gerichtsstandes noch der Lage des Prozesses selbst etwas geändert."

Den Einfluß der Zession auf das Ergebnis des Prozesses behandelt § 9 A.G.O. I, 24:

„Wenn jemand einen im Streit befangenen Gegenstand erst nach der Zeit, da dem bisherigen Inhaber die gerichtliche Vorladung zugestellt worden ist, durch Kauf, Tausch, Zession Schenkung oder auf andere Art erhalten hat, so muß er sich demjenigen unterwerfen, was darüber in dem rechtshängigen Prozesse entschieden wird, wenn er auch bei diesem Prozesse nicht zugezogen worden ist."

Wie wurden nun diese Vorschriften in der preußischen Praxis aufgefaßt? Sie mußte gemäß dem Gesetzeswillen unterscheiden zwischen Veräußerung durch Kläger und durch Beklagten. Im letzteren Falle konnte der Beklagte an sich trotz des Verbotes gültig veräußern, nur hatte das auf den Prozeß keinen Einfluß; hier wurde die Veräußerung als nicht geschehen fingiert. Erst nach beendetem Rechtsstreit wurde sie von Bedeutung, da der Erwerber sich die Vollstreckung des Urteils in die erworbene Sache gefallen lassen mußte, wenn er die Litigiosität gekannt hatte oder hätte kennen müssen.[2]) Im ersteren Falle wurde jedoch das vorgenommene Rechtsgeschäft anstandslos auch im

[1]) Vgl. Koch, Lehrbuch des preuß. gemeinen Privatrechts, 2. Aufl. Bd. 2 S. 160 und seine „Lehre vom Übergang der Forderungsrechte, S. 112 ff, sowie Förster, Preuß. Privatrecht Bd. 1 S. 287.

[2]) vgl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 13 S. 149, 30 S. 204, 35 S. 40.

Prozesse anerkannt. Es trat daher auch gegen den Willen des Beklagten der Zessionar an die Stelle des Zedenten in den Rechtsstreit ein, mußte ihn jedoch in der Lage, in der er ihn vorfand, übernehmen. § 484 A. L. R. I, 11 fand nur dann Berücksichtigung, wenn dem Gegner Nachteile durch den Eintritt des Zessionars erwachsen würden. Der Schuldner sollte auf jeden Fall nicht schlechter gestellt oder Gefahren ausgesetzt werden, denen er bei Fortführung des Prozesses durch den Zedenten überhoben gewesen wäre. In diesem Falle verblieb also der Veräußerer Prozeßpartei, die Veräußerung wurde insoweit ignoriert als der Zessionar nicht an Stelle, sondern nur neben dem Zedenten in den Prozeß eintreten konnte, insoweit anerkannt, als er in jedem Falle das Urteil gegen sich gelten lassen mußte. Bemerkenswert war also, daß der bloße Eintritt des Zessionars in den Prozeß nicht als Nachteil in diesem Sinne aufgefaßt wurde. Nur wenn eine wirkliche Beeinträchtigung vorlag, wenn also z. B. ein Veritätseid in einen Ignoranzeid umgewandelt werden mußte, erklärte das Obertribunal[3]) auf Grund des § 484 A. L. R. I, 11 den Eintritt für unzulässig. „Denn dadurch, daß der Zessionar den dem Zedenten deferierten Eid, den dieser de veritate habe schwören müssen, nur de ignorantia ableisten dürfe, werde sowohl die Lage des Prozesses hinsichts des Beweisverfahrens, als auch die Verpflichtung der Schuldner von leichteren Bedingungen für den Kläger abhängig gemacht, mithin für den Schuldner erschwert.“[4])

Im übrigen geschah der Eintritt in den Prozeß nicht ipso iure, konnte jedoch vom Gegner mittels des Einwandes der mangelnden Aktivlegitimation erzwungen werden. Eine Besonderheit galt für den Fall, daß es sich um die Zession einer eingeklagten Grundschuld oder Hypothek handelte; hier hatte der Zessionar nicht aus dem Rechte des Zedenten, sondern aus eigenem Rechte Anspruch zu erheben. Auf die Nachteile, denen der Gegner hier ausgesetzt war, wurde dabei keine Rücksicht genommen.

---

[3]) Entsch. d. O. T. 30, S. 207. 35, S. 40. 55, S. 208.

[4]) Striethorst, Archiv für Rechtsfälle Bd. 3 S. 44, Bd. 62 S. 286.

Besonders galt nach § 385 A. L. R. I, 11 für richterliche Personen und Justizkommissarien, welche „streitige Rechte, deren Erörterung vor den Gerichtshof, bei welchem sie angestellt sind, gehören würde, nicht an sich lösen“ konnten, hier war also die Folge der Zuwiderhandlung Nichtigkeit (§ 387) des Geschäfts, das demnach auch für den Prozeß von keiner Bedeutung war.

§ 8. Außerpreußische Rechte.

Auch die folgenden Kodifikationen gingen von der Unhaltbarkeit des römischen Verbots im modernen Verkehr aus. So setzten der Code civil im Art. 1699 und analog das badische Landrecht Satz 1699 die Möglichkeit einer Zession ohne weiteres voraus, wenn sie dem debitor cessus gestatteten, sich dem Zessionar gegenüber dadurch zu befreien, daß er ihm den Preis, den dieser gezahlt, mit Zinsen, Kosten und Interesse ersetzte. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch erwähnt es überhaupt nicht mehr (§ 378), ebenso das sächsische mit der Begründung, daß dessen nähere Regulierung der künftigen Prozeßgesetzgebung vorbehalten bleiben sollte. Auch in Württemberg (Art. 327) und Bayern (Art. 294) wurde das Verbot durch die Prozeßordnungen von 1868 und 1869 völlig beseitigt. Dabei statuierte die letztere (Art. 493,2) für den Rechtsnachfolger das Recht, die erstere (Art. 327,2 und 3) gar die Pflicht zur Übernahme des Prozesses in seiner gegenwärtigen Lage, so daß hier die Gegenpartei den Eintritt des Erwerbers geradezu erzwingen konnte.

V. Deutsches Reichsrecht.

§ 9.

So war das römische Verbot auf die Territorien des gemeinen Rechts beschränkt, die Neugründung des Deutschen Reichs machte ihm völlig ein Ende. Die vorangegangenen Kodifizierungen ließen davon allerdings noch nicht viel merken. Denn sowohl die hannöversche Prozeßordnung von 1850 und der hannöversche Entwurf von 1866 sahen von einer Normierung der Streitveräußerungsfrage überhaupt ab. Der preußische

Entwurf von 1864 enthält allerdings in § 227, Nr. 3 eine Regelung, welche insofern unzureichend war, als sie nur die Veräußerung durch den Beklagten betraf: „Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen . . . . 3. Wenn der Kläger obsiegt, so wird jede rechtliche Verfügung, welche der Beklagte nach Zustellung der Klage über den streitigen Gegenstand getroffen hat, rücksichtlich des Klägers einer solchen gleichgeachtet, welche erst nach dem Siege des Klägers vorgenommen wird. Gegen den Dritten, zu dessen Gunsten die Verfügung getroffen wurde, ist anzunehmen, daß Kläger die rechtskräftig zuerkannten Rechte schon zur Zeit der Zustellung der Klage zuerkannt gewesen seien."

Am 2. Oktober 1867 wurde die einheitliche Normierung des Zivilprozeßrechts für den norddeutschen Bund vom Bundesrat auf Grund des Art. 4 der Verfassung beschlossen. Die Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Z.P.O. für die Staaten des norddeutschen Bundes stellte sich von vornherein auf den Standpunkt, daß mit dem durchaus unpraktisch gewordenen römischen Verbot aufgeräumt werden müßte, sie ordnete demgemäß diese Materie in den §§ 200—202 (norddeutscher Entwurf). Ihr folgten die 3 Entwürfe einer Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich in den §§ 215—217 (erster oder Ministerialentwurf von 1871), §§ 223—225 (zweiter oder Kommissionsentwurf), §§ 228—230 (dritter oder Bundesratsentwurf). Schließlich fand die Lehre von der Litigiosität in der am 30. Januar 1877 vom Kaiser vollzogenen Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich in den §§ 236—238 Aufnahme.

Die Begründung für die ablehnende Haltung gegenüber dem Veräußerungsverbot ist in den Motiven enthalten: „Im Interesse der Rechtseinheit bedurfte es einer gemeinsamen Regelung der Wirkungen der Veräußerung litigiöser Sachen und Klagen. Diese Regelung setzte die Beseitigung des gemeinrechtlichen Veräußerungsverbots voraus. Da dasselbe legislativ nicht gerechtfertigt ist, so hat der Entwurf kein Bedenken tragen können, das Verbot im Anschlusse an den norddeutschen Entwurf zu § 200 aufzuheben."[1])

[1]) Hahn, Materialien II, S. 261.

War die Kommission des norddeutschen Entwurfes sich in der Beseitigung des römischen Verbots auch einig gewesen, bei der Feststellung der Wirkungen der Veräußerung litigiöser Sachen und Rechte ergaben sich Meinungsverschiedenheiten. Die Antragsteller wollten nämlich dem Zessionar das Recht beilegen ohne weiteres, d. h. ohne Zustimmung des Gegners in den Prozeß eintreten zu können. Dagegen wurde mit Recht darauf hingewiesen, daß ein solcher Eintritt unter Umständen für den Gegner gefährlich werden müßte. Die Kommission ging in ihrem Beschlusse hierüber noch hinaus, indem sie annahm, daß bereits der Eintritt des Erwerbers selbst einen Nachteil für den Gegner bilde und daher nicht ohne dessen Zustimmung gestattet werden dürfe, abgesehen davon, daß ein Eintritt zu praktischen Schwierigkeiten führen würde. Immerhin führte sie hierzu aus: „Es sei kein Grund, den Zedenten, der alles Recht an der streitigen Forderuug aufgegeben habe — abgesehen von der Kostenpflicht — zum Verbleiben im Prozesse zu nötigen. Sei auch streng genommen bei Veräußerung des Streitgegenstandes durch den Kläger durante lite der Einwand der mangelnden Sachlegitimation begründet, so empfehle sich doch zur Vermeidung einer Vervielfältigung der Prozesse der eingeschlagene Weg.“ [2]) Man einigte sich also zu der Fassung, die der Absatz 2 S. 1 heute noch hat. Dem schlossen sich auch die anderen Entwürfe an, und die Motive selbst äußern sich, wie folgt, zu dieser Frage: „Bei Feststellung der Wirkungen einer Veräußerung litigiöser Sachen und Klagen mußte die Erwägung leitend sein, daß durch eine derartige Veräußerung zum Nachteile des Gegners weder dessen Lage verändert noch das Ergebnis des Prozesses unwirksam gemacht werden darf; unbillig wäre es insbesondere im Falle der Veräußerung der litigiösen Sachen durch den besitzenden Beklagten den Kläger zu nötigen, nach Beendigung des mit Aufwand von Zeit, Mühe und Kosten durchgeführten Prozesses einen neuen Prozeß gegen einen Dritten anzufangen.

---

[2]) Vgl. Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Z. P. O. für die Staaten des norddeutschen Bundes von 1868 (S. 536—538, 561—571).

Dieser Erwägung entsprechen die der preußischen Praxis und dem preußischen Rechte (A.G.O. I, 7 § 48, I, 24 § 9) nachgebildeten Vorschriften des § 228, Abs. 2 und 3."

Demzufolge wurde der in § 236, Abs. 1 enthaltene Grundsatz durch die Bestimmungen der beiden nächsten Absätze wesentlich ergänzt.

Der Regel in § 236 folgten und mußten folgen in den §§ 237, 238 noch 2 Ausnahmen. § 237 betraf die Veräußerung eines Grundstückes während eines Prozesses, in welchem es sich um Rechte handelte, welche für das Grundstück oder an demselben in Anspruch genommen wurden. Hier war der Rechtsnachfolger nicht nur berechtigt, sondern auch auf Antrag des Gegners verpflichtet den Rechtsstreit als Hauptpartei zu übernehmen. Ein Wechsel der Partei wurde hier insofern geleugnet, als das Grundstück, nicht der Besitzer als Subjekt betrachtet wurde. Und § 238 bezweckte den Beklagten vor einer doppelten Verurteilung zu schützen, die in allen Fällen des Erwerbs beweglicher Sachen, des Erwerbs auf Grund des Grund- oder Hypothekenbuchs und des Erwerbs in gutem Glauben möglich war.

Die Umgestaltung des materiellen Rechts durch das B.G.B. erforderte auch eine Umänderung der Z.P.O., welche durch Reichsgesetz vom 17. Mai 1898 erfolgte. Die vorgenommenen Änderungen hatten jedoch, wie die Begründung[3]) des Entwurfs eines Gesetzes betreffend Änderungen der Zivilprozeßordnung ausdrücklich hervorhebt, keine sachliche Bedeutung, sondern waren nur redaktioneller Natur: der bisherige Absatz 3 des § 236 wurde gestrichen mit Rücksicht darauf, daß die Rechtskraftwirkungen des Urteils für und gegen den Rechtsnachfolger jetzt in den §§ 325, 727 geregelt wurden, an seiner Statt wurde der bisherige § 238 geteilt und teils als § 265, Abs. 3, teils als § 266, Abs. 2 hinzugefügt. Hieran haben auch die Novellen vom 5. Juni 1905 und 1. Juni 1909 nichts mehr geändert.

Die Grundsätze der Lehre von der Litigiosität sind somit in den Absätzen 1 und 2 des § 265 und 325 Z.P.O. enthalten. Hat man sich eingebildet, daß man mit diesen Vor-

---

[3]) Hahn, Materialien Bd. 8 S. 101.

schriften eine Regelung gegeben habe, welche nur eine Auslegung zuließe, so stellte es sich bald heraus, daß man sich arg getäuscht hatte. Nicht weniger als 5 verschiedene Theorien haben sich hierüber gebildet, von denen jede den Anspruch erhebt, die einzige sachgemäße Lösung zu sein. Den Gegenstand der Streitfrage bildet die Tragweite des § 265 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1. Schuld daran, daß sich hierüber eine derartige Kontroverse bilden konnte, war der Umstand, daß die Kommissionen selbst wie aus den Motiven hervorgeht, über die Tragweite ihrer Bestimmungen im unklaren waren. Demzufolge mußte auch der Inhalt des § 265 zu Zweifeln Anlaß geben. Das wurde in den Motiven (S. 75) zum Entwurfe eines Einführungsgesetzes des B.G.B. auch zugegeben, von einer Änderung der Gesetzesbestimmungen wurde jedoch abgesehen.

Daher besteht die Streitfrage nach wie vor fort, welche auch dann ihre Erledigung noch nicht gefunden hat, nachdem das Reichsgericht (Bd. 40 S. 340) sich einer der Theorien angeschlossen hat.

Zweck dieser Arbeit ist es demnach, eine Übersicht über die bestehenden Theorien zu liefern. Gleichzeitig soll der Versuch gemacht werden, eine dem Rechtsgefühle des Verfassers entsprechende, sachgemäße wie dem Wortsinn angepaßte Auslegung aufzustellen, welche zum Teil mit einer der oben genannten Theorien Hand in Hand geht.

Vorauszugehen wird haben eine Erörterung der hierfür erforderlichen Begriffe der Litigiosität und der Veräußerung. Denn das bildet ja gerade die Voraussetzung, daß es sich hier nicht um gewöhnliche, sondern um streitbefangene Ansprüche und Sachen und nicht um jede Übertragung eines Rechts auf andere Personen, sondern nur um Veräußerungen handelt.

Tragweite des § 265, 2 S. 1 Z.P.O.

I. Entwickelung des § 265, Absatz 1 Z.P.O.

§ 10. Begriff der Rechtshängigkeit und Streitbefangenheit.

Der Begriff der Rechtshängigkeit ergibt sich aus der Ethymologie des Wortes. Man bezeichnet hiermit den Zustand (oder die Eigenschaft) eines Rechts, den (die) dasselbe angenommen hat, während es den Gegenstand eines bei Gericht anhängigen Rechtsstreits bildet, vgl. Löning:[1] „Rechtshängigkeit ist der Zustand der Streitsache, nachdem sie in iudicium deduziert ist, der Zustand des in iudicium Deduziertseins." Der Zweck, welcher zur Prägung dieses Ausdrucks geführt hat, ist demnach der gewesen, sämtliche Wirkungen der Klageerhebung zusammenzufassen.

Zu diesen Wirkungen der Klageerhebung oder der Rechtshängigkeit zählt vor allem die Streitbefangenheit, und zwar ist sie die einzige, abgesehen von den im § 263 Z.P.O. enthaltenen, rein prozessualen, welche in der Z.P.O. Aufnahme gefunden hat. Das geht aus § 267 Z.P.O. hervor.

Der Begriff der Litigiosität ist sehr bestritten. Die Meinungen hierüber sind so geteilt, die Ergebnisse einander so widersprechend, daß es wünschenswert erscheint, eine Einigung im Wege der Gesetzgebung zu erzielen. Doch ist dieselbe bis heute noch nicht erfolgt. Es kann hier nicht meine Aufgabe sein, die Richtung für eine etwaige gesetzliche Regelung anzugeben, sondern ich werde mich im folgenden damit begnügen müssen, die strittigen Punkte zu skizzieren und die dazu gehörigen Ansichten mitzuteilen. Vorerst ein Blick in die Geschichte!

Im römischen Recht war der Begriff der streitbefangenen Sache von Justinian festgelegt worden, zwar noch nicht in der l 5 C. de litigiosis VIII, 36, sondern erst in der Novelle 112 cap. 1. In der Zwischenzeit nämlich, d. h. in den Jahren 532 bis 541, hatten sich zahlreiche Meinungsverschiedenheiten hierüber

[1]) In Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 4 S. 135.

ergeben, und, um dieselben endgültig abzuschneiden, wie er in der Einleitung zur Novelle betont, definierte er die res litigiosa, wie folgt: Sancimus, ut litigiosa dicatur et intellegatur res mobilis vel immobilis vel se movens, de cuius dominio inter actorem et reum quaestio movetur. Also nur die Eigentumsklage erzeugte Streitbefangenheit, dagegen wurden die mit der actio hypothecaria beanspruchten Sachen hiervon ausdrücklich ausgenommen. Dieser enge Begriff genügte schon der italienischen Praxis nicht mehr, deshalb ergänzte die Glossa ordinaria[2]) das „de . . . dominio" durch „quasi dominio: ut per Publicianam vel per aliquam utilem rei vindicationem, quae multae sunt, vel confessoriam pro usufructu, cum habet instar proprietatis". Das gemeine Recht übernahm diesen Begriff aus der italienischen Praxis und dehnte ihn schließlich auf alle dinglichen Klagen (einschließlich der actio hypothecaria) aus. In Preußen wurden durch die A.G.O. und das A.L.R. Justinians Vorschriften aufgehoben, damit fielen also auch seine Begriffsbestimmungen mit den Erweiterungen, die derselbe gefunden hatte, weg. Es wurden nun zwar Maßregeln für die Behandlung litigiöser Sachen gegeben; daß aber gleichzeitig eine Definition der res litigiosa notwendig geworden war, erkannte weder das eine noch das andere Gesetz. An demselben Fehler krankt deshalb auch die Z.P.O. für das Deutsche Reich, für die ja die Vorschriften des preußischen Rechts vorbildlich gewesen waren.[3])

Zunächst fragt es sich, wonach der vom Gesetz vorausgesetzte Begriff eigentlich zu bestimmen ist. v. Wilmowsky-Levy[4]) stellt den Satz auf, daß er nach den in den einzelnen Staaten geltenden materiellen gemeinen, bezw. Landesrechten zu beurteilen ist, mit der Begründung, daß dies „von der Vorkommission für das vorliegende, die materiellen Rechte wesentlich berührende Rechtsgebiet als selbstverständlich ausdrücklich zu Protokoll ausgesprochen ist". Demnach könnte auch heute noch, da das inzwischen erschienene B.G.B. sich jeder Bestimmung hierüber

---

[2]) auth. de litigiosis ad l 1 C. de litig. sub verb. „dominio".
[3]) Vgl. Motive S. 190 bei Hahn II S. 261.
[4]) Kommentar zur Z.P.O. zu § 236 a. F.

enthalten hat, der Begriff kein einheitlicher sein. Dieses Ergebnis befriedigt ebensowenig, wie die Ableitung Mayers, welcher von den in der Z.P.O. enthaltenen Wirkungen ausgeht, dabei aber fälschlich diese Bestimmungen für „reine Prozeßnormen hält,[5]) verworfen werden muß. Im Resultat wird jedenfalls mit Mayer und Schultze,[6]) welch letzerer dieser Frage von § 727 Z.P.O. aus beizukommen sucht, anzunehmen sein, daß dieser Begriff, wenn er auch keine ausdrückliche Bestimmung in einem der Reichsgesetze, dem B.G.B. oder der Z.P.O., gefunden hat, doch als einheitlich für das Deutsche Reich gedacht werden muß.

Ebenso bestritten ist die andere Frage, welche Klagen eine Sache zu einer streitbefangenen machen. Einigkeit besteht hier bloß darüber, daß einmal die Eigentums- und Teilungsklagen unbedingt diese Wirkung haben müssen und daß dies andrerseits bei den rein obligatorischen, nicht mit absoluter Wirkung versehenen Klagen, z. B. bei der Klage des Käufers auf Übergabe der gekauften Sache, nicht der Fall sein kann.[7]) Im übrigen gehen bezüglich der anderen dinglichen Klagen (einschließlich der Hypothekenklage), der Besitzklagen und der actiones in rem scriptae die Ansichten völlig auseinander. Auf dem Grundsatz der Totalität steht Gaupp,[8]) welcher eine Sache dann als im Streit befangen ansieht, wenn dieselbe mittels der Eigentumsklage oder einer dieser gleichstehenden, auf die Totalität der Sache selbst gerichteten dinglichen Klage in Anspruch genommen wird. Den Grundsatz der Unmittelbarkeit vertreten v. Wilmowsky-Levy und Mandry:[9]) nach letzterem soll es keinem Anstand unterliegen, eine Sache dann als im Streit befangen anzusehen, wenn es sich um Geltendmachung eines Anspruchs handelt, der

---

[5]) Vgl. Mayer a. a. O.

[6]) Vgl. Schultze a. a. O.

[7]) Ein Grundstück wird aber schon durch Vormerkung des rechtshängigen Anspruchs zu einer streitbefangenen Sache. Vgl. E. R. 27 S. 238.

[8]) Vgl. 1. Aufl. seines Kommentars zu § 236. Übrigens hat Gaupp seine Ansicht in den nächsten Auflagen zurückgezogen.

[9]) Mandry, Zivilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze, S. 271. Vgl. ferner Merkel in Holtzendorffs Rechtslexikon, 3. Aufl. Bd. 2 S. 667 unter „Litigiosität“.

einmal die Sache selbst betrifft und weiterhin auch gegen den Singularnachfolger erhoben werden könnte. Unanfechtbar allein ist dagegen nur das Prinzip der Spezialität der streitigen Sache, auf welches sich insbesondere die Ansicht Zimmermanns und der Kommentatoren der Z.P.O.[10]) gründet. Letztere Ansicht führt zu dem Ergebnis, daß sämtlichen erwähnten Klagen die Streitbefangenheitswirkung beizulegen ist. Zu erwähnen ist noch, daß es, wenn es sich um eine der Feststellungsklagen des § 266 Z.P.O. handelt, dem Willen des Gesetzes entsprechen muß, das betreffende Grundstück als im Streite befangen anzusehen.

Gegenstand der Streitbefangenheit kann somit jede individuell bestimmte körperliche Sache im Umfange des geltend gemachten Anspruchs sein, nach Analogie von Sachen werden aber auch absolut persönliche Rechte wie das Patent- und Urheberrecht, hierher zu rechnen sein. Auch Sachinbegriffe, z. B. eine Erbschaft,[11]) gehören hierher. Das A.L.R. spricht nicht von streitigen (wie die A.G.O.), sondern von rechtshängigen Sachen und begreift hierunter seinem Sprachgebrauche[12]) gemäß auch den rechtshängigen Anspruch im Sinne des „geltend gemachten" Anspruchs der Z.P.O. Als solcher kommt nicht bloß der zivilrechtliche Anspruch des § 194 B.G.B., der seinerseits wieder persönlicher oder dinglicher Natur sein kann, sondern überhaupt das klägerische Begehren, so wie es dem Kläger zusteht, in Betracht, es gibt hier also keinerlei Ausnahmen zu verzeichnen.

Zu untersuchen bleiben nur noch die zeitlichen Grenzen der Streitbefangenheit.

§ 11. Dauer der Streitbefangenheit.

Die Streitbefangenheit muß, da sie sich als Konsequenz der Rechtshängigkeit darstellt, notgedrungen zusammen mit letzterer entstehen und untergehen. Die Dauer der Rechtshängigkeit bestimmt sich ihrerseits wieder nach der Dauer des sie erzeugen-

[10]) Vgl. Gaupp, Seuffert, Schultze, Mayer a. a. O., Kohler in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 12.

[11]) Die hereditatis petitio machte jedoch nur die Erbschaft, nicht auch die einzelnen Erbschaftsgegenstände streitig.

[12]) A. L. R. I, 2 §§ 1, 2 ff.

den Prozesses. Demzufolge muß auch Anfangs- und Endtermin der Streitbefangenheit mit Beginn und Schluß des Rechtsstreits zusammenfallen.

Den Beginn der Rechtshängigkeit und daher auch der Streitbefangenheit setzten die Römer[1]) in den Zeitpunkt der litis contestatio, seit Justinian post narrationem propositam et contradictionem obiectam fest. Es war also die Einlassung des Beklagten erforderlich. Ihm folgte das gemeine Recht, welches allerdings die Litigiosität und die Unterbrechung der Anspruchsverjährung schon an das Eingehen der Klageschrift bei Gericht knüpfte. Die A. G. O, I, 7 § 48 b ließ die Rechtshängigkeit mit der „gehörig erlassenen und richtig insinuierten Vorladung“ entstehen. Ebenso Z. P. O. § 263: „Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.“ Demnach tritt die Rechtshängigkeit gegenwärtig ein:

im Anwaltsprozesse regelmäßig mit Zustellung der Klageschrift,

im Parteiprozesse auch mit Zustellung des die Klage enthaltenden Protokolls oder mit dem mündlichen Vortrage,

in den Fällen der Klageerweiterung und Klageänderung, der Wider- und Inzidentfeststellungsklage mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung,

im Mahnverfahren mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner, gleichgültig, ob letzterer Widerspruch erhebt oder nicht.

Bestritten ist, ob durch Geltendmachung eines Anspruchs im Wege der Einrede, insbesondere im Wege der Kompensationseinrede, Rechtshängigkeit bezw. Streitbefangenheit entsteht.[2]) Dagegen tritt Rechtshängigkeit nicht ein durch Arrest, Anmeldung im Konkurse oder Geltendmachung vor einem Schiedsgericht.

Entsprechend erlischt die Rechtshängigkeit mit der Beendigung des Prozesses:

---

[1]) Vgl. l 1 § 1 D. de litig. XXXXIV, 6, l 14 § 1 C. de iud. III, 1, l 1 C. de lit. cont. III, 9.

[2]) Vgl. Petersen contra Schollmeyer bei Gruchot Bd. 30 S. 1, Bd. 31 S. 222 ff., 535 ff.

also regelmäßig durch formell rechtskräftiges Urteil, auch teilweise durch Teilurteil, ausgenommen ein unter Vorbehalt ergangenes Urteil,

durch Klagerücknahme bezw. Rücknahme des Zahlungsbefehls und durch Vergleich,

durch Versäumung der Frist zum Antrag auf Ergänzung des Urteils in Anbetracht eines im Urteile übergangenen Anspruchs, im Mahnverfahren auch durch Versäumung der in den §§ 697, 701 Z. P. O. bestimmten Fristen.

Dagegen erlischt die Rechtshängigkeit nicht durch Verzicht oder Anerkenntnis, durch Unterbrechung, Aussetzung oder Ruhen des Verfahrens.

Eine Litigiosität nach formell rechtskräftigem Urteil gibt es nicht und kann es begrifflich nicht geben. Arndt, Merkel und Schultze [3]) machen hiervon eine Ausnahme, wenn sie zugunsten des Klägers annehmen, daß für den auf Herausgabe der Sache verurteilten Beklagten die Litigiosität erst mit der Erfüllung des Urteils, freiwilliger oder erzwungener, ein Ende nehme. Mit Unrecht, denn die Rechtshängigkeit und damit auch die Streitbefangenheit sind erloschen, ihre Wirkungen freilich bleiben bestehen. Allerdings sind es — hierin liegt der Irrtum der erwähnten Ansicht — nicht mehr die Wirkungen der Litigiosität als solcher, sondern die der Rechtskraft des Urteils. Vergl. § 325 Z. P. O.

§ 12. **Begriff der Veräußerung (Abtretung).**

Wie oben erwähnt, ist eine Unterscheidung von streitigem Recht und streitiger Sache in ihrer Behandlung nicht mehr zu machen, deshalb empfiehlt es sich, einen gemeinsamen Oberbegriff für die beiden Arten von Rechtsveränderungen zu wählen. Als solcher kommt lediglich der Ausdruck „Veräußerung“ in

---

[3]) a. a. O. a. a. O. Sie berufen sich hierbei auf eine Entscheidung des Obertribunals vom 1. März 1869 (Bd. 61 S. 415), welche ein mit der eingeklagten Hypothek belastetes Grundstück noch nach rechtskräftiger Verurteilung für streitbefangen erklärt. Dieses Erkenntnis verstößt aber offenbar gegen den Wortlaut des § 9 der A. G. O. I, 24.

Betracht, da die früher allgemein übliche Ausdrucksweise „Zession“ die Gefahr in sich birgt, daß man dabei nur an den rechtshängigen Anspruch denkt. Der Begriff selbst ist im weitesten Sinne zu nehmen, man hat hierunter jede Übertragung eines Rechts auf ein anderes Rechtssubjekt, also auch des Besitzes, zu verstehen, welche sich als Singularsuccession darstellt. Der Fall einer durch Tod begründeten Universalsuccession gehört demnach nicht hierher, derselbe findet im § 239 Z. P. O. seine Regelung. Das gleiche gilt für den Konkurs, hier finden gemäß § 240 Z. P. O. die Bestimmungen der K. O. §§ 10, 11 Anwendung.[1])

Die Frage nach dem Rechtsgrunde der Veräußerung berührt das Gesetz nicht, dieselbe ist hierfür vollkommen gleichgültig.

Demnach kann die Veräußerung nicht nur mit, sondern auch ohne, sogar gegen den Willen des Veräußerers, z. B. im Wege der Zwangsversteigerung oder Enteignung[2]) erfolgen. Infolgedessen ist der Ausdruck „Abtretung“ nicht im Sinne von § 398 B. G. B. aufzufassen, das hierunter nur die vertragsmäßige Veräußerung eines Rechts versteht. Er umfaßt auch die cessio legis,[3]) sowie die Überweisung der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung.[4]). Nach der Ansicht des Reichsgerichts[5]) liegt Abtretung sogar noch dann vor, wenn der Übergang des Anspruchs auf einen neuen Gläubiger die notwendige Rechtsfolge eines anderen vom ursprünglichen Gläubiger abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ist. Möglich ist jedoch nur die Zession einer Forderung, eine Schuldübernahme ist dagegen keine Abtretung.[6]) Übrigens wäre der Gläubiger vor nachteiliger Veräußerung durch den Beklagten hier schon dadurch genug geschützt, daß die Schuldübernahme durch seine Einwilligung überhaupt bedingt ist. (B. G. B. § 414.)

---

[1]) Daß nur der Singularsuccessor gemeint sein kann, erhellt aus § 727 Z. P. O., wo neben dem allgemeinen Rechtsnachfolger der genannt wird, gegen den das Urteil nach § 325 wirksam ist.

[2]) E. R. 40^{339}.

[3]) E. R. 39^{12}.

[4]) E. R. 20^{249}.

[5]) E. R. 55^{293}, z. B. wenn der auf Zahlung des Mietszinses klagende Vermieter das Grundstück während des Rechtsstreits verkauft.

[6]) Vgl. E. R. vom 29. April 1886 bei Gruchot 30, 1112.

Die Rechtsübertragung kann translativ oder konstitutiv, z. B. durch Verpfändung oder Bestellung anderer dinglicher Belastungen, erfolgen, sie kann eine totale oder eine partielle, z. B. Einräumung des Mitbesitzes sein.

Schließlich ist sie sowohl inter vivos wie mortis causa zulässig, im letzteren Falle ist natürlich nur an eine Singularsuccession in einzelne bestimmte, zum Nachlaß gehörige Stücke zu denken, z. B. durch Vermächtnis. Die Grenze zwischen § 239 und 265 ist daher so zu ziehen, daß § 239 alle Universal- und solche Singularsuccessionen betrifft, welche von Todes wegen in die Rechte und Pflichten des Vorgängers eintreten, z. B. Lehns- oder Fideikommißnachfolger, während § 265 alle übrigen Einzelrechtsnachfolger in sich schließt. Ist also ein Prozeß z. B. über einen Vermächtnisgegenstand anhängig, der durch den Tod des Erblassers unterbrochen worden ist, so kann nur der Erbe denselben wieder aufnehmen, während der Vermächtnisnehmer selbständig seine Rechte nicht geltend machen, sondern nur dem Prozeß als Nebenintervenient unter Ausschluß des § 69 Z.P.O. beitreten kann.

Entsprechend dem ausgedehnten Umfange des Veräußerungsbegriffes bedeutet auch der Ausdruck „Rechtsnachfolger" nach Ansicht des Reichsgerichts nichts weiter als „jetziger Inhaber des Rechts". Es braucht daher nicht notwendig der unmittelbare, sondern es kann bereits ein zweiter Rechtsnachfolger sein. Vgl. E. R. 40 [339]: Wollte man den Begriff des Rechtsnachfolgers in jenem engeren Sinne deuten (d. h. wenn man damit den bezeichnen wollte, welcher sein Eigentumsrecht von dem der Hauptpartei des Prozesses herleitete), so würde man in Widerspruch geraten mit § 265 Z.P.O. Daß in dieser Bestimmung der Ausdruck „Rechtsnachfolger" in der ganz allgemeinen Bedeutung zu verstehen ist, als jetzigen Inhaber des Rechts, welches vorher der Kläger oder Beklagte innehatte ohne Rücksicht auf die Art der Veräußerung, durch die das Recht erlangt ist, wird allseitig angenommen; denn alle Kommentatoren sind darüber einverstanden, daß der § 236 (jetzt 265) auch die zwangsweise, durch Zwangsversteigerung oder Enteignung herbeigeführte Veräußerung betreffe.

II. Verhältnis des Absatz 2 zu Absatz 1 des § 265 Z.P.O.

§ 13.

Auslegung des Absatz 1.

Wie erwähnt, basiert die Tragweite des § 265, 2 S. 1 auf dem Verhältnis desselben zu Absatz 1, notwendigerweise muß daher der Auslegung des Absatzes 2 die des ersten Absatzes vorausgehen. Der Zweck desselben war die Beseitigung des gemeinrechtlichen Verbots, das sich als „legislativ nicht gerechtfertigt“ erwies. Diese Absicht hätte man auf zweierlei Weise erreichen können, einmal indirekt, indem man die Wirkungen derartiger Veräußerungen feststellte, andrerseits direkt, wenn man das Verbot als aufgehoben konstatierte. Der letzere Weg wurde eingeschlagen; hätte man den ersteren gewählt, so wäre man der Gefahr, zu Zweifeln Anlaß zu geben, entgangen, so aber haben sich leider Meinungsverschiedenheiten darüber, wie das Gesetz die materiellrechtlichen Wirkungen litigiöser Veräußerungen geregelt wissen wollte, ergeben. Denn im folgenden Absatze werden anscheinend schon die prozessualen Wirkungen festgestellt. Aus der negativen Fassung des Absatzes ist hierfür ebensowenig zu entnehmen wie aus seiner Entstehungsgeschichte. Nach ihm müßte jede Auffassung von den materiellrechtlichen Veräußerungswirkungen zulässig sein, welche nicht verstieße gegen die Tatsache der Gültigkeit des Veräußerungsakts. Ist jedoch wirklich genug Grund vorhanden, hier eine der Lücken anzunehmen, wie sie jedes Gesetz, auch das eingehendste, enthalten muß?

Mit Recht ist diese Frage bis jetzt stets verneint worden, jedoch aus verschiedenen Beweggründen heraus. Denn die Einen (Alle bis auf einen) gehen davon aus, daß es sich von selbst verstehe, daß das Veräußerungsgeschäft den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen über die Wirkungen der Rechtsgeschäfte unterstellt sei und demgemäß eine Veräußerung während der Rechtshängigkeit in gleicher Weise zu beurteilen sei, wie jede Veräußerung außerhalb derselben. Das Resultat, zu dem sie auf diesem Wege gelangen, ist folgendes: Das Rechtsgeschäft,

welches die Veräußerung streitbefangener Sachen zum Gegenstande hat, ist nicht nur gültig, sondern auch vollwirksam.

Im Gegensatze zu ihnen leugnet Weidlich[1]) die Selbstverständlichkeit dieser Anwendung. Nach ihm bedurfte es vielmehr unter allen Umständen der Regelung auch der materiellrechtlichen Wirkungen, welche er zusammen mit der der prozessualen im zweiten Absatze als geschehen erblickt. Er kommt, von Absatz 2 ausgehend, zu dem Ergebnis: derartige Rechtsgeschäfte sind zwar gültig, ihre Wirkungen sind jedoch kraft Gesetzes für die Dauer der Rechtshängigkeit aufgehoben.

Wenn ich mich der letzteren Ansicht angeschlossen habe, so ist für mich folgendes ausschlaggebend gewesen. Zuerst einmal macht es den Anschein, als ob die Ersteren an die Möglichkeit, daß diese Selbstverständlichkeit durch im Gesetze selbst enthaltene, entgegenstehende Bestimmungen ausgeschlossen werden könne, gar nicht einmal gedacht haben, obwohl eine Untersuchung in dieser Hinsicht bei einem so vagen Begriffe, wie der der Selbstverständlichkeit ist, unbedingt erforderlich gewesen wäre. Vor allem aber mußte mich folgende Erwägung leiten: An und für sich stehen sich in der Welt die Begriffe Recht und Unrecht scharf gegenüber, ein drittes gibt es an sich nicht. Wir Menschen aber, die wir die Grenze nicht immer gleich zu finden wissen, müssen auch hier unserem Verhältnissen Rechnung tragen und ein Drittes in der Mitte annehmen, das streitige Recht oder, wenn man will, das streitige Unrecht. Dementsprechend muß für uns das streitige Recht, solange der Streit besteht, als ein ganz anderes erscheinen, als das voll anerkannte. Spricht doch ebensoviel dafür, daß das streitige Recht auch tatsächlich Recht sei, als dagegen, daß es Unrecht sei. Erst der Ausgang des Prozesses entscheidet darüber, ob das Recht auch zu recht besteht. Diese innere Verschiedenheit zwischem streitigem und nichtstreitigem Recht wird — wir müssen den Verhältnissen weiter Rechnung tragen — wahrscheinlich auch eine Verschiedenheit in der Behandlung derselben zur Folge haben müssen.

---

[1]) in Gruchots Beiträgen Bd. 45 S. 277.

Jedenfalls kann von einer Selbstverständlichkeit der gleichen Behandlung nie die Rede sein.

Auf dreierlei Weise kann eine Veräußerung litigiöser Sachen im materiellen Recht geregelt werden. Entweder man verbietet sie überhaupt ganz: Hierdurch wird jedoch dem Berechtigten Recht entzogen, da er in der vollen Ausübung seiner Rechte hierdurch beschränkt wird. Oder man gestattet sie und läßt das Geschäft sofort wirksam sein: Hierdurch wird dem Nichtberechtigten zuviel Recht gegeben und dadurch umgekehrt dem wirklich Berechtigten wieder Unrecht zugefügt. Beide Regelungen führen zu keiner Befriedigung, das Richtige liegt vielmehr in der Mitte: eine Veräußerung ist zuzulassen, ihre Wirkungen sind jedoch von der Entscheidung des Prozesses abhängig. In welcher Form diese Abhängigkeit sich äußert, ist weiter unten zu erörtern. Jedenfalls hemmt sie sowohl den Berechtigten in keiner Weise in der Ausübung seiner Rechte, als auch sucht sie zu verhindern, daß jemand mit dem Anschein des Rechts Verfügungen trifft, zu denen er in Wahrheit überhaupt nicht berechtigt ist. Daß diese Auslegung mit Absatz 1 nicht kollidiert, ist soeben gezeigt worden; daß sie jedoch aus § 265 Absatz 2 mittelbar folgt, bedarf noch des Beweises. Derselbe muß sowohl indirekt, daß die sich aus der ersteren Ansicht ergebenden Konsequenzen sich mit § 265 Absatz 2 nicht vertragen, als auch direkt erfolgen.

2. Auslegung des Absatzes 2.

a) Übersicht über die bisherigen Theorien.

Die nächste Frage für die Anhänger der ersteren Ansicht muß darüber entstehen, wie ist die zivilrechtliche Gültigkeit des Veräußerungsgeschäfts mit dem Fortgange des Prozesses zwischen den bisherigen Parteien zu vereinen, beabsichtigt, mit anderen Worten, der § 265, 2 S. 1 den vorangegangenen Absatz einzuschränken oder zu ergänzen, ist er also auch für das materielle Recht von Einfluß oder ist er rein prozessualer Natur? Hierüber haben sich vier Theorien gebildet.

§ 13.

α. Die Irrelevanztheorie.

Die Irrelevanztheorie ist zuerst von Gaupp aufgestellt worden, zu ihr bekennen sich ferner Arndt, Behrend, v. Bülow, Kah, Mayer, Reincke, Seuffert, Zimmermann.[1]). Diese Theorie legt dem Absatz 2 die Bedeutung bei, daß die an sich wirksamen Veräußerungen im Prozeß vollständig ignoriert werden sollen. So sagt Gaupp: „Der Prozeß nimmt nicht nur formell seinen Fortgang, als ob keine Veräußerung erfolgt wäre, sondern der Richter hat auch bei der materiellen Beurteilung des Rechtsverhältnisses gegen die sonstige Regel die zur Zeit der Veräußerung vorhandenen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen seinem Urteile zugrunde zu legen.“ Demzufolge bleibt auch der Veräußerer dem Gegner gegenüber weiter zu Rechtshandlungen legitimiert, welche eine Disposition auch über den materiellen Anspruch enthalten (Verzicht, Vergleich, Anerkenntnis). Verfügungen des Erwerbers über den Prozeßgegenstand sind belanglos, auch lautet das Urteil stets auf den Namen des Veräußerers, welcher die Vollstreckung desselben zu seinen Gunsten herbeiführen kann, ohne daß ihr der Einwand der fehlenden Sachlegitimation entgegengesetzt werden kann.[2])

---

[1]) Gaupp, Stein, Arndt, Mayer, Seuffert, Zimmermann a. a. O. a. a. O., Behrend (in Gruchots Beiträgen Bd. 31 S. 452), v. Bülow und Kah sowie Reincke in ihren Kommentaren zur Z. P. O. zum § 236 (a. F.).

[2]) Zu demselben Resultat gelangt Lippmann in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 45 S. 391 ff. auf Grund einer eigens von ihm hierfür aufgestellten Theorie, welche sich m. E. aber nur in der Form unterscheidet, ihrer Bedeutung nach mit der Irrelevanztheorie übereinstimmt. Lippmann glaubt im Falle der Zession rechtshängiger Klageansprüche — nur diese behandelt er — eine Zäsur im Prozesse statuieren zu müssen. Abgesehen von der ganz ungewöhnlichen Erscheinung einer solchen Zäsur im Prozesse ist diese Ansicht schon deswegen zu verwerfen, weil Lippmann davon ausgeht, daß das prozessuale Rechtsverhältnis mit dem materiellrechtlichen nicht immer zusammenfallen braucht.

Es ist nicht zu leugnen, daß diese Theorie den Wortsinn des § 265 zunächst für sich hat, allein der Widerspruch, in den hier die prozessuale Rechtslage zur materiellen gesetzt wird, spricht ihr das Urteil. Derselbe zeigt sich am deutlichsten, wenn man die sich hieraus ergebenden Konsequenzen zieht. Ich kann mich hier auf Eccius [3]) berufen, welcher dieselben sich für seine Ansicht zu nutze zu machen weiß. Der Zedent müßte ohne eine Änderung des Antrages auf Leistung an ihn den Rechtsstreit fortsetzen und der Schuldner würde zur Leistung an den Zedenten verurteilt werden, ein Urteil, welches der materiellen Sachlage Hohn spräche. Die Einreden müßte der Beklagte nach wie vor der Person des Zedenten entnehmen, nicht auch der Person des Zessionars: das würde ihm einerseits aber zuviel Recht geben und andrerseits wieder Recht nehmen. Würde der Zedent von der Befugnis, eine Abweisung der Klage z. B. durch Verzicht herbeizuführen, Gebrauch machen, so würde der Zessionar, da während des Rechtsstreits die Hauptintervention ausgeschlossen ist, gezwungen sein, nach Beendigung des Prozesses gegen den Zedenten zu klagen. Eine Vermehrung der Prozesse wäre die notwendige Folge. Vollstrecken würden sowohl Zedent wie Zessionar, letzerer unter den gesetzlichen Voraussetzungen, können; fraglich aber ist es, ob der Schuldner in der Vollstreckungsinstanz dem Vorgehen des Zedenten die im Prozeß ausgeschlossene Einrede der mangelnden Aktivlegitimation entgegensetzen kann.

Diese Konsequenzen sind doch recht bedenklich und auf die Dauer unhaltbar. Sie liefern den besten Beweis dafür, daß eine solche Regelung nicht im Sinne der Z.P.O. liegen kann.

§ 15.

β. Die Relevanztheorie.

Im schroffsten Gegensatz zu der eben angeführten Ansicht steht die allherrschend zu bezeichnende Relevanztheorie, deren Hauptvertreter Eccius ist und zu deren Anhängern sich vor

---

[3]) Vgl. Eccius, Preußisches Privatrecht S. 667. Gegen ihn Wach (in Gruchots Beiträgen Bd. 30 S. 779), der diese Konsequenzen nur in milderem Lichte zeigt, aber nicht zu beseitigen vermag.

allem Dernburg, Francke, Mandry, Petersen, Reinhardt, Struckmann-Koch, Weißmann, v. Wilmowski-Levy rechnen.[1]) Auch Hellwig, Kohler und Stegemann haben sich im Prinzip dieser Theorie angeschlossen, im einzelnen weisen sie allerdings Abweichungen von der Ecciusschen Lehre auf. Nach Eccius besteht die Bedeutnng der Bestimmung, daß die Veräußerung auf den Prozeß keinen Einfluß habe, lediglich darin, daß ungeachtet der Veräußerung das Verfahren zwischen den ursprünglichen Parteien fortgesetzt wird, daß aber in der so fortgehenden Prozeßführnng für die Sachentscheidung auf die materielle Wirksamkeit der Zession ganz ebenso Rücksicht zu nehmen sei, wie wenn der Zessionar mit Zustimmung des Beklagten in den Prozeß eintrete. Der Zedent, der sich materiellrechtlich als Vertreter des Zessionars darstellt, ist daher nur zu reinen Prozeßhandlungen befugt; Handlungen, welche dagegen in einer Verfügung über den materiellen Anspruch bestehen, vermag er in seiner Eigenschaft als bloßer Vertreter nur mit Zustimmung des Zessionars vorzunehmen. Der Zedent bleibt daher nur formale Prozeßpartei, das dominium litis ist auf den Rechtsnachfolger übergegangen. Demgemäß hat der Kläger seinen Antrag in den auf Verurteilung zur Leistung an den Zessionar abzuändern und kann hierzu vom Beklagten durch die Einrede der mangelnden Sachlegitimation gezwungen werden. Das Urteil muß daher auf den Namen des Zessionars lauten, dessen Person von dem Eintritte der Zession ab auch die Einreden entnommen werden müssen. Doch nur in diesem Grundgedanken herrscht Einigkeit unter den Anhängern der Relevanztheorie; was Einzelheiten anbetrifft, insbesondere die Frage, was alles zu den reinen Prozeßhandlungen, zu denen der Zedent lediglich befugt bleibe,

---

[1]) Eccius, Mandry, Kohler, Petersen, v. Wilmowski-Levy a. a. O. a. a. O., Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 1 S. 287, Bd. 2 S. 199, Francke in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 69 S. 561 ff., Hellwig, Rechtskraft S. 153 ff. und Lehrbuch Bd. 1 S. 343 ff., Reinhardt in Gruchots Beiträgen Bd. 40 S. 71, Stegemann in Busch's Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 17 S. 351, Struckmann-Koch, Kommentar zur Z. P. O. zu § 236 (a. F.), Weißmann, Lehrbuch Bd. 1 S. 358.

gehöre und wo die Grenze zu ziehen sei zwischen den materiellen und den prozessualen Akten, so gehen die einzelnen Ansichten auch wieder auseinander.

Es ist nicht zu verkennen, daß diese Theorie ähnlichen verhängnisvollen Konsequenzen, wie sie der Irrelevanztheorie beschieden sind, entgeht, da sie die prozessuale Rechtslage der zivilen wesentlich anpaßt[2]) Es ist aber auch zu konstatieren, daß sie in dem Bestreben, einen Widerspruch zu vermeiden, mit dem Wortsinne des § 265 Abs. 2 gebrochen hat. Denn es entspricht dem Gesetzeswillen, daß der Erwerber nicht ohne Zustimmung des Gegners in den Prozeß als Hauptpartei eintreten, sondern sich nur als Nebenintervenient an einem fremden Prozesse beteiligen darf. Ausdrücklich wird aber hervorgehoben, daß die Möglichkeit dabei, Streitgenosse des Zedenten zu werden, dem Zessionar versagt bleibt. Hieraus geht deutlich hervor, daß das Gesetz dem Rechtsnachfolger nicht nur die formale Stellung einer Prozeßpartei, sondern auch alle sich irgendwie aus ihr ergebenden Parteirechte absprechen will. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum das Gesetz, wenn es sich auf den Standpunkt der Ecciusschen Theorie stellen würde, dem Zessionar das dominium litis gäbe, ihm andrerseits aber ausdrücklich verbiete, als Streitgenosse zu fungieren.

Eccius bezeichnet daher das Gesetz auch als „unglücklich gefaßt“ und erklärt selbst: „Es muß zugestanden werden, daß alle diese Annahmen mit scheinbaren Gründen in Zweifel gezogen werden können . . . . auch gebe ich gern zu, daß die Konstruktion des Textes manches Irreguläre enthält.“ Einen strikten Beweis aber für seine Ausführungen zu liefern, ist er im übrigen nicht imstande. Seine Beweisführung ist lediglich eine deductio ad

---

[2]) Vgl. jedoch mit Recht Wach a. a. O., welcher auf die Bedenklichkeit, die Rechtsnachfolge im Prozesse zur Geltung zu bringen, hinweist: Mißlingt der Beweis (eines gültigen Veräußerungsgeschäfts), so würde die Klage abzuweisen sein. Was nun? Kann von neuem die alte Klage erhoben werden?“ Zu erwägen ist auch, daß nach der Ecciusschen Theorie der Beklagte, da ihm ein Widerklagerecht sowohl gegen den Zedenten als auch gegen den Zessionar zusteht, mehrere Verurteilungen herbeiführen könnte.

absurdum, welche mit Recht von seinen Gegnern als nicht ausreichend angefochten worden ist. An seiner Stelle versucht Reinhardt (in Gruchots Beiträgen, Bd. 40 S. 71) einen Beweis zu erbringen, dessen Gelingen jedoch bestritten werden muß. Er stellt 3 Argumente hierfür auf, ein logisches, historisches und grammatisches. Das erste hat hier bereits im § 12 seine Erledigung gefunden, das letzte soll unten widerlegt werden. Wenn aber schließlich Reinhardt behauptet, daß seine Theorie der Entstehungsgeschichte des § 265 Z.P.O. entspreche, so irrt er sich. Die Motive gehen geradezu davon aus, daß Klageantrag und Urteil nach wie vor auf den Namen des Veräußerers lauten. Also vielmehr das Gegenteil ist anzunehmen.

Der Relevanztheorie hat sich auch das Reichsgericht[3]) angeschlossen, allein seine Ausführungen verweisen lediglich auf Eccius und Reinhardt, eine Argumentation mit besserem Erfolge als die bisherige vermögen auch sie nicht zu erbringen.

Die Relevanztheorie ist daher, weil nicht im Gesetz begründet, ja dem Wortlaut des Absatzes 2 geradezu widersprechend, ebenfalls zu verwerfen.

§ 16.

γ. Die Theorie Wach.

Eine dritte vermittelnde Ansicht wird von Wach[1]) vertreten. Nach ihm kommen dem Zedenten sowohl die Parteirechte (also auch die Befugnis, über den Anspruch z. B. durch Verzicht zu verfügen) wie die Parteipflichten im bisherigen Umfange zu. Der Schuldner ist daher zur Leistung an ihn zu verurteilen, und seiner Person können alle Einreden entnommen werden. Doch auch die außerhalb des Prozesses zwischen Schuldner und Zessionar geschlossenen Befreiungsakte sind gültig, und kann daher auch der Beklagte dem Zedenten gegenüber die Einreden

---

[3]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 40 S. 340 und Bd. 56 S. 307, nachdem es in E. R. Bd. 7 S. 332 und Bd. 20 S. 420 sowie in seiner Entscheidung vom 2. Mai 1898 (bei Gruchot Bd. 42 S. 955) diese Streitfrage gestreift, aber unentschieden gelassen hat.

[1]) Wach a. a. O.

aus der Person des Zessionars geltend machen. Nur die Befugnis, auf Grund von Ansprüchen gegen den Zessionar dem Zedenten eine Widerklage oder Kompensationseinrede entgegenzusetzen, bleibt ihm verschlossen.

Diese Theorie, welche übrigens nur noch in Schmidt[2]) einen Vertreter gefunden hat, steht mit einem Fuße auf dem Boden der Irrelevanz-, mit dem anderen auf dem der Relevanztheorie, von denen sie aber scharf abgelehnt wird. Das über diese Gesagte gilt mithin auch für sie: sie teilt das Schicksal ihrer Vorgänger.

§ 17.

δ. Die Theorie Endemann.

Als vierte Ansicht ist noch zu erwähnen, die Endemann[1]) aufgestellt hatte, die aber keinen Anklang gefunden hat. Neues enthält sie insoforn nur, als Endemann den Standpunkt vertritt, daß der Zessionar seine Rechte in einem selbständigen Prozesse verfolgen könne. Ganz abgesehen davon, daß dies dem Grundsatze widersprechen würde, die Lage des Beklagten dürfe nicht erschwert werden, — eine Erschwerung würde man aber schon in der Pflicht des Beklagten zur Einlassung in diesen Prozeß erblicken müssen — würde dieses Recht des Zessionars wieder illusorisch gemacht werden, wenn der Schuldner die Einrede der Rechtshängigkeit nach § 263 Z. P. O. geltend machen würde.[2])

§ 18.

b) Ergebnis.

Ist soeben der Versuch gemacht worden zu zeigen, daß jede der bisher genannten Theorien, für sich allein genommen, den Anforderungen, die wir an eine gesetzliche Regelung stellen, nicht entspreche, so müssen jetzt noch zwei Gründe berücksichtigt werden, welche gegen die Aufrechterhaltung dieser Theorien insgesamt sprechen.

---

[2]) Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts S. 886.

[1]) Endemann, Der deutsche Zivilprozeß, Bd. 2 zu § 236 (a. F.).

[2]) Vgl. Gerbaulet (in Gruchots Beiträgen) Bd. 30 S. 803.

Einstimmig gehen dieselben davon aus, daß Gegenstand der Streitfrage nur die Zession rechtshängiger Ansprüche bilde, daß dagegen für die Veräußerung streitbefangener Sachen der § 265 eine mehrfache Auslegung nicht zuließe. Dieser Zustand müßte aber ganz entschieden der Einheitlichkeit widersprechen, mit der, wie oben erörtert, die Z. P. O. diese Materie geregelt wissen wollte.

Schwerer wiegt ein anderer Grund. In jedem Falle, wo dem Erwerber sofort die materielle Rechtstellung gegeben, dem Veräußerer aber die Prozeßsubjektsstellung belassen wird, muß man sich genötigt sehen, mit dem bisherigen tiefeingewurzelten Parteibegriffe zu brechen. Hierzu ist jedoch folgendes zu sagen: Schon das römische und gemeine Recht faßte das Band, welches das zivile mit dem prozessualen Verhältnis verknüpfte, weil durch innere Notwendigkeit befestigt, als unzerreißbar auf; Partei konnte daher nur das Subjekt des streitigen Anspruchs sein. Das galt auch unbedingt zuerst im modernen Recht, bis sich schließlich eine Strömung bemerkbar machte, welche diesen althergebrachten Begriff umzustürzen suchte. Dieselbe ging vornehmlich von Kohler,[1]) welcher hierzu auf Grund des von ihm aufgestellten Begriffes der Prozeßstandschaft gelangte, sowie von Oetker und Stegemann[2]) aus, welche die Partei mit selbstischem Interesse dem allgemeinen Parteibegriff unterordneten und den rem in iudicium deducens und den is contra quem res in iudicium deducitur als Parteien bezeichneten. Es muß hier dahingestellt bleiben, ob wirklich genügend Grund hierzu vorhanden ist oder ob es nicht naheliegender oder notwendiger wäre, eher den sekundären Begriff der „Vertretung“, als den primären der „Partei“ entsprechend umzuwandeln. In jedem Falle ist es jedoch nicht angängig, wenn die Anhänger dieser neuen

---

[1]) Vgl. die Zusammenstellung der Ansichten bei Bunsen (in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 197). Kohler a. a. O. definiert die Prozeßstandschaft als ein zivilistisches Verhältnis der einen Person zum Zivilrecht einer anderen, kraft welchen Verhältnisses es der einen Person zustehe, einen Prozeß zu führen, dessen zivilistische Folgen auf die andere Person fallen.

[2]) Oetker im jur. Literaturblatt Bd. 2 S. 189. Stegemann a. a. O.

Richtung den § 265 Z.P.O. als Stützpunkt für dieselbe benutzen. Das wäre nur zulässig, wenn in der Tat § 265 nur eine und zwar die von ihnen behauptete Auslegung zuließe. Da dies jedoch, wie oben gezeigt, nicht der Fall ist, so muß § 265 aus den Erörterungen über den Parteibegriff einmal ganz ausscheiden. Umgekehrt läßt sich dagegen sagen, daß diejenige Auslegung des § 265, 2 den Vorzug verdient, welche dem Willen des Gesetzes entspräche, ohne zu einer immerhin ziemlich bedenklichen Konsequenz, wie der Anfechtung des Parteibegriffs, zu führen.

Es bleibt demnach als letzter Ausweg, da der Absatz 1 die Regelung durch ein Verbot der Veräußerungen litigiöser Sachen ausschließt, nur der übrig, daß diese Rechtsgeschäfte zwar an und für sich gültig, in ihrer Wirksamkeit jedoch von der Entscheidung des Prozesses abhängig sind.

§ 19.

c) Theorie Weidlich.

Im Vorstehenden ist gezeigt worden, daß diese von Weidlich begründete Theorie sich mit Notwendigkeit aus der Unzulässigkeit aller anderen Theorien ergibt. Bleibt übrig, den Nachweis durch das Gesetz selbst für sie zu erbringen. Denselben muß die Auslegung des Wortes „Prozeß“ liefern.

Wenn Reinhardt behauptet, es sei Sprachgebrauch der Z.P.O., das Wort „Prozeß“ im Sinne von „Prozeßverfahren“ zu gebrauchen, so ist dem unbedingt beizustimmen.[1]) Das schließt aber andrerseits die Möglichkeit nicht aus, daß sich im vorliegenden Falle ein viel weiterer Begriff damit verbindet. Von Bedeutung für die Erklärung des Ausdrucks an hiesiger Stelle wird vielmehr das Verhältnis sein, in dem die beiden Teile des Absatzes 2 zueinander stehen. Es bedarf nun keiner Frage, daß Absatz 2 S. 1 einen Grundsatz von allgemeiner, umfassender Bedeutung sein soll, während die Bestimmungen der folgenden Sätze, im Satz 1 schon mitaufgeführt, lediglich dem Zwecke der

[1]) Andrer Meinung ist Lippmann a. a. O., welcher „Prozeß“ mit „Prozeßmaterial“ identifiziert.

Hervorhebung und Betonung zu dienen bestimmt sind. Äußerlich geht das schon daraus hervor, daß diese Bestimmungen im selben Absatze dem Grundsatze hinzugefügt sind. Noch deutlicher würde es sein, wenn das Wörtchen „insbesondere“, das sich im norddeutschen Entwurf § 200 und im Ministerialentwurf § 215 hinter den Worten im zweiten Satze: „Der Rechtsnachfolger ist“ vorfindet, beibehalten worden wäre. Da nun aber letztere Vorschriften nicht das Verfahren an sich, sondern die Parteifrage betreffen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Ausdruck „Prozeß“ im ersten Satze nicht sowohl das Verfahren, als vielmehr das gesamte Prozeßrechtsverhältnis bedeuten soll. Setzt man den auf diese Weise gewonnenen Begriff im ersten Satze ein, so erhält man: Die Veräußerung oder Abtretung hat auf das Prozeßrechtsverhältnis keinen Einfluß.

Da nun das Prozeßrechtsverhältnis mit dem Zivilrechtsverhältnis übereinstimmen muß, soll anders eine Umgestaltung des Parteibegriffes vermieden werden, so folgt aus der Bestimmung, daß die Veräußerung auf das eine keinen Einfluß haben kann, mit Notwendigkeit auch die Einflußlosigkeit solcher Veräußerungen auf das andere. Mit anderen Worten: Die Tragweite des § 265, 2 S. 1 ist folgende: Er regelt nicht nur die Wirkungen der Veräußerungen streitbefangener Sachen im prozessualen, sondern auch im materiellen Recht.

Im Einzelnen sind seine Wirkungen demnach folgende:

III. Bedeutung des § 265, 2 S. 1.

§ 20.

1. Für das materielle Recht.

Das römische Verbot ist durch § 265, Abs. 1, endgültig beseitigt worden. Allein nur die äußere Form hat gewechselt. Der Kernpunkt dieses Gedankens, welcher zu so verschiedenen Regelungen geführt hat, ist derselbe geblieben und wird es bleiben, solange Recht von Menschen gesetzt wird: die Rücksichtnahme auf die Streitigkeit dieser Rechte. Der Absatz 2 ist es, welcher im letzten Anklang ans Justinianische Verbot diesem Gedanken Rechnung trägt. Denn er setzt der an sich möglichen

Ausbeutung des Absatzes 1 ein Ziel, indem er die Wirkungen der Veräußerungsgeschäfte abhängig macht von der Erledigung des Rechtsstreits.

Die Form, in welcher ihm dies gelingt, ist nach Weidlich die einer gesetzlichen Bedingung. Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Von einer Bedingung könnte nur die Rede sein, wenn das Ende des Rechtsstreits eine ungewisse zukünftige Tatsache wäre. Gegen eine Befristung spricht, daß es ungewiß ist, ob das veräußerte streitige Recht in vollem Umfange bestätigt wird. Auch eine Mischung von Bedingung und Befristung anzunehmen — gemeint sind hier natürlich stets nur aufschiebende Bedingung, bezw. Befristung — ist nicht angängig, da das zu dem Resultat führen würde, daß das Urteil selbst abgesehen von den Fällen des konstitutiven Urteils neues Recht schafft, während es doch nur das bereits bestehende Recht äußerlich erkennbar machen hilft. Es kann sich demnach hier nicht um bedingte oder befristete Rechtsgeschäfte handeln. Daraus, daß hier nicht ein von den Parteien rechtsgeschäftlich vereinbarter, sondern ein gesetzlicher Schwebezustand vorliegt, wird man diese Rechtsgeschäfte zu den unwirksamen des B.G.B. zu zählen haben, deren volle Rechtswirkung davon abhängt, daß ein bestimmter Tatbestand zur Willenserklärung hinzutritt, die aber bis zu dem Zeitpunkte, in welchem das Eintreten oder Nichteintreten jenes Tatbestandes endgültig entschieden wird, die Parteien binden. Analog den Rechtsgeschäften Minderjähriger, welche erst mit der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters vollwirksam werden (§§ 108—111 B.G.B.), analog den den §§ 182—185 B.G.B. zugrunde liegenden Rechtsgeschäften ist auch das die res litigiosa zum Gegenstande habende Geschäft unwirksam bis zu dem Augenblicke, wo der Richter in seinem Schiedsspruche mittelbar den Vertragskontrahenten als Berechtigten oder Nichtberechtigten offenbart. Während des Schwebezustandes bleibt die veräußernde Partei voll berechtigt zu weiteren Verfügungen, nur dem Vertragskontrahenten gegenüber ist sie verpflichtet, sich aller Verfügungen, die eine Vereitelung seines Rechts herbeiführen könnten, zu enthalten. Das Recht des Erwerbers besteht während der Schwebezeit lediglich in einer Anwartschaft, welche sich im

Fall und Umfang eines zugunsten des Veräußerers erfolgenden Prozeßausganges in ein wirksames Recht verwandelt. Mit diesem Augenblicke (der Rechtskraft des Urteils) tritt der Erwerber in die Rechte und Pflichten des Veräußerers ein. Aus dieser Tatsache ergab sich die Bestimmung des § 325 Z.P.O., welche die Rechtskraftwirkungen des Urteils für und gegen den Erwerber ausdehnte, von selbst. Gemäß § 184 B.G.B. wirkt die im Urteile enthaltene gesetzliche Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück; in diesem Punkte spiegelt sich die endgültige Aufhebung des römischen Verbots am deutlichsten wieder. Fällt andrerseits das Urteil zu ungunsten des Veräußerers aus, so liegt eine Verfügung eines Nichtberechtigten vor, mit der nach § 185 B.G.B. zu verfahren ist.

Wie erwähnt, hat die vom Gesetz bestimmte Abhängigkeit der Veräußerungswirkungen vom Prozeßausgange lediglich den Schutz der Interessen der Gegenpartei im Prozesse bezwecken wollen. Es kann aber vorkommen, daß der Gegner auf diesen Schutz verzichtet, er gibt z. B. seine Zustimmung zum Eintritt des Rechtsnachfolgers als Partei in den Prozeß. In diesen Fällen würde es keinen Zweck haben, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bis zur Beendigung des Rechtsstreits aufzuschieben. Vielmehr tritt dieselbe in dem Augenblicke ein, wo der Gegner direkt oder indirekt seine Einwilligung erteilt.

2. Für das formelle Recht:

Je nachdem der Gegner von dem ihm vom Gesetze gewährten Schutz Gebrauch machen will oder nicht, hat man auch für den Prozeß eine Zweiteilung vorzunehmen:

§ 21.

a) Rechtsverhältnis bei Einwilligung des Gegners in den Eintritt des Rechtsnachfolgers.

Mit Zustimmung des Gegners ist der Rechtsnachfolger berechtigt, den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Das folgt ebenfalls aus unserer Auslegung: denn mit

dem Zeitpunkte, wo der Gegner seine Zustimmung zum Eintritt des Rechtsnachfolgers erteilt, verzichtet er auf seinen Schutz. Hierdurch wird das Rechtsgeschäft vollwirksam und der Zessionar somit aktivlegitimiert. Diese Zustimmung kann der Gegner ausdrücklich oder stillschweigend dadurch, daß er dem vom Zessionar gestellten Antrage auf Übernahme des Prozesses nicht widerspricht, erteilen.

Er übernimmt den Prozeß in der Lage, in der er ihn vorfindet. Die Prozeßhandlungen des Vorgängers binden ihn ebenso, wie seine eigenen. Was die vor dem Eintritt bereits entstandenen Prozeßkosten betrifft, so wird hier der Nachfolger berechtigt, bezw. verpflichtet.

b) Rechtsverhältnis bei mangelnder Einwilligung des Gegners.

§ 22.

α. Grundsatz des § 265, 2 S. 1.

Das Regelmäßige wird jedoch sein, daß der Gegner dem Antrag des Zessionars widerspricht. Dann wird der Antrag abgelehnt und der Prozeß nimmt seinen Fortgang, ohne daß die Veräußerung oder Abtretung auf ihn von irgendwelchem Einflusse wäre.

Die Stellung des Veräußerers bleibt hiernach, weil zivilrechtlich, auch prozeßrechtlich dieselbe. Der Antrag des Klägers lautet nach wie vor auf Verurteilung des Beklagten zur Leistung an ihn. Das Urteil lautet ebenfalls auf seinen Namen und ist für und gegen ihn vollstreckbar, wie wenn er keine Verfügung getroffen hätte. Die Einreden können nur aus seiner Person entnommen werden.

Der Rechtsnachfolger braucht an und für sich zum Prozesse keine Stellung zu nehmen; will er sich an ihm beteiligen, so ist nur eine Nebenintervention zulässig, wobei die Möglichkeit eines Eintritts als streitgenössischer Nebenintervenient vom Gesetz ausgeschlossen wird.

Von diesem Regelfalle konstatiert das Gesetz 2 erhebliche Ausnahmen.

β. Ausnahmen.

§ 23.

aa) Ausnahme des § 266, 1.

Die Vorbedingungen für das Vorliegen des Tatbestandes aus § 266 sind erfüllt, wenn über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstücke ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig ist, und der Besitzer das Grundstück veräußert. Hier erklärt das Gesetz den Rechtsnachfolger für berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet den Rechtsstreit als Hauptpartei zu übernehmen. Der Grund für diese Bestimmung findet sich in den Motiven,[1]) wo es heißt, daß § 266 der schon im römischen Recht zum Ausdruck gebrachten Anschauung, daß das Grundstück als das berechtigte oder verpflichtete Subjekt und der Besitzer als dessen Vertreter anzusehen sei, kongruiere. Es bleibe nur dieser Ausweg übrig, da es sonst zweifelhaft wäre, ob der Rechtsstreit zu Ende geführt werden oder zu einem bindenden Ergebnisse gelangen könne. Es liegt daher hier gar keine Veräußerung streitbefangener Sachen vor, sondern es handelt sich lediglich um einen Wechsel in der Person des Vertreters des klagenden oder beklagten Grundstücks.

§ 24.

bb) Ausnahme des § 265, 3 und des § 266, 6.

Außer bei Zustimmung des Gegners treten die Wirkungen der Veräußerungsgeschäfte sofort in Kraft, wenn der Erwerber in Unkenntnis der Litigiosität der Sache oder des Rechts erworben hat; das bestimmen die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche dem Erwerber Rechte auch „von einem Nichtberechtigten herleiten" (§§ 892, 893, 932 ff., 1032, 1138, 1208, 1242, 2366 B. G. B.). Da in diesem Falle das Urteil (für und) gegen den Rechtsnachfolger nicht wirksam sein darf

[1]) Hahn, Materialien II, 1 S. 262.

(§ 325, 2), so wäre im Falle der Veräußerung durch den Kläger für den Beklagten die Gefahr einer doppelten Verurteilung begründet, wenn ihn nicht § 265, 3 davor schützte, indem er ihm den Einwand der mangelnden Sachlegitimation gewährt.

Der Schutz des guten Glaubens versagt jedoch in den Fällen, wo das Urteil einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld (§ 325, 2) betrifft. In diesen Fällen tritt wieder der § 265, 2 S. 1 ein mit seiner hier erörterten Bedeutung für Zivilrecht und Prozeß.

Lebenslauf.

Ich, Hermann Wahl, bin am 21. Februar 1886 in Breslau als Sohn des Prokuristen Hermann Wahl und seiner Ehefrau Clara, geb. Schmidt, geboren.

Ich bin Preuße und Protestant.

Von Ostern 1892 bis Ostern 1904 besuchte ich die Vorschule und das Gymnasium zu St. Elisabeth in Breslau, welches ich mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Von Ostern 1904 bis Ostern 1907 studierte ich die Rechte an den Universitäten zu Bonn a. Rh. (1 Semester) und Breslau (5 Semester). Am 11. Juli 1907 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und trat mit meiner Vereidigung am 1. August 1907 als Referendar in den Justizdienst.

Vom 1. Oktober 1907 bis 30. September 1908 genügte ich meiner Militärpflicht beim 4. Niederschles. Infanterieregiment Nr. 51 in Breslau und leistete daselbst auch vom 2. März 1909 bis 26. April 1909 die erste Übung (A) ab.

Als Referendar war ich bisher am Amtsgericht in Steinau a. O. nnd am Landgericht in Breslau beschäftigt.